



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

**FACULTAD DE CIENCIAS HUMANAS Y DE LA SALUD
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

TESIS

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS
REFERENTE A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN VACÍO NORMATIVO

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
ABOGADA**

AUTORAS

GLADIS DAJANA SANTA CRUZ REYES
ORCID: 0000-0002-4227-2376

HELEN ISVET RIVERA DAVALOS
ORCID: 0000-0001-6629-2470

ASESOR

DR. JOSE MARIO OCHOA PACHAS
ORCID: 0000-0002-0675-2196

LÍNEA DE INVESTIGACIÓN

ENFOQUE INTERDISCIPLINARIO DE LA CIENCIA JURÍDICA

LIMA, PERÚ, OCTUBRE DE 2023



CC BY

<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>

Esta licencia permite a otros distribuir, mezclar, ajustar y construir a partir de su obra, incluso con fines comerciales, siempre que le sea reconocida la autoría de la creación original. Esta es la licencia más servicial de las ofrecidas. Recomendada para una máxima difusión y utilización de los materiales sujetos a la licencia.

Referencia bibliográfica

Santa Cruz Reyes, G. D., & Rivera Davalos, H. I. (2023). *Interpretación de los contratos de locación de servicios referente a la gestación por sustitución, un vacío normativo* [Tesis de pregrado, Universidad Autónoma del Perú]. Repositorio de la Universidad Autónoma del Perú.

HOJA DE METADATOS

Datos del autor	
Nombres y apellidos	Gladis Dajana Santa Cruz Reyes
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	70518519
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-4227-2376
Datos del autor	
Nombres y apellidos	Helen Isvet Rivera Davalos
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	72474205
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0001-6629-2470
Datos del asesor	
Nombres y apellidos	Jose Mario Ochoa Pachas
Tipo de documento de identidad	DNI
Número de documento de identidad	07588319
URL de ORCID	https://orcid.org/0000-0002-0675-2196
Datos del jurado	
Presidente	
Nombres y apellidos	Yda Rosa Cabrera Cueto
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	06076309
Secretario	
Nombres y apellidos	Marcos Enrique Tume Chunga
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	41058938
Vocal	
Nombres y apellidos	Luis Angel Espinoza Pajuelo
Tipo de documento	DNI
Número de documento de identidad	10594662
Datos de la investigación	

Título de la investigación	Interpretación de los contratos de locación de servicios referente a la gestación por sustitución, un vacío normativo
Línea de investigación Institucional	Persona, Sociedad, Empresa y Estado
Línea de investigación del Programa	Enfoque interdisciplinario de la ciencia jurídica
URL de disciplinas OCDE	https://purl.org/pe-repo/ocde/ford#5.05.01



Autónoma
Universidad Autónoma del Perú

Facultad de Ciencias Humanas y de la Salud

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En la ciudad de Lima el Jurado de Sustentación de Tesis conformado por la Dra. Yda Rosa Cabrera Cueto, quien lo preside, y los miembros del jurado Mg. Marcos Enrique Tume Chunga y Dr. Luis Angel Espinoza Pajuelo; reunidos en acto público para dictaminar la tesis titulada:

**"INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS
REFERENTE A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN VACÍO
NORMATIVO"**

Presentado por las Bachilleres:

GLADIS DAJANA SANTA CRUZ REYES

HELEN ISVET RIVERA DAVALOS

Para optar el Título Profesional de Abogada

luego de escuchar la sustentación de la misma y resueltas las preguntas del jurado, acuerdan:

APROBADO POR MAYORÍA

En señal de conformidad, firman los miembros del jurado a los 02 días del mes de octubre del 2023.

Dra. Yda Rosa Cabrera Cueto
Presidente

Mg. Marcos Enrique Tume Chunga
Secretario

Dr. Luis Ángel Espinoza Pajuelo
Vocal

ACTA DE APROBACIÓN DE ORIGINALIDAD

Yo Jose Mario Ochoa Pachas docente de la Facultad de Ciencias Humanas y de la Salud de la Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Autónoma del Perú, en mi condición de asesor de la tesis titulada:

"INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS
REFERENTE A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN VACÍO NORMATIVO"

De las bachilleres Gladis Dajana Santa Cruz Reyes y Helen Isvet Rivera Davalos, constato que la tesis tiene un índice de similitud de 14% verificable en el reporte de similitud del software Turnitin que se adjunta.

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

Lima, 10 de Julio de 2023



Jose Mario Ochoa Pachas

DNI: 07588319

DEDICATORIA

A mis padres, mis abuelos y hermano quienes me han apoyado de manera incondicional durante toda mi trayectoria universitaria y a los amigos que he conocido durante toda la carrera por todo el apoyo brindado.

Gladis Dajana Santa Cruz Reyes

Dedico la tesis realizada a mis padres y hermano quienes siempre me han brindado su apoyo incondicional a lo largo de mi vida, así como también a mis amigos que estuvieron ayudándome cuando los necesite.

Helen Isvet Rivera Davalos

AGRADECIMIENTOS

Al el Dr. Eduardo Daniel Jiménez Jiménez quien nos apoyó a lo largo de la investigación brindando sus observaciones, sus consejos y revisiones, así como agradecerle por sus enseñanzas a lo largo de la carrera, al Dr. Luis Ángel Espinoza Pajuelo quien nos brindó todas sus observaciones como docente del Proyecto de Tesis y Desarrollo de Tesis, por último, a Mayra Espinoza Téllez quien nos dio su tiempo para apoyarnos con consejos sobre la tesis.

ÍNDICE

DEDICATORIA	2
AGRADECIMIENTOS	3
RESUMEN	6
ABSTRACT	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I: PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	
1.1. Realidad problemática.....	12
1.2. Formulación del problema	15
1.3. Justificación e importancia de la investigación.....	16
1.4. Objetivos de investigación: general y específicos	17
1.5. Limitaciones de la investigación	17
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	
2.1. Antecedentes de estudios	20
2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado	30
2.3. Definición conceptual de la terminología empleada	85
CAPÍTULO III: MARCO METODOLÓGICO	
3.1. Tipo y diseño de investigación.....	96
3.2. Escenario del estudio y sujetos participantes	97
3.3. Supuestos categóricos	98
3.4. Categoría y categorización	99
3.5. Métodos y técnica de investigación	100
3.6. Procesamiento de datos	101
CAPÍTULO IV: ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS RESULTADOS	
4.1. Matrices de triangulación.....	103
4.2. Resultados de la investigación	117
CAPÍTULO V: DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	
5.1. Discusiones	122
5.2. Conclusiones.....	140
5.3. Recomendaciones.....	144
REFERENCIAS	
ANEXOS	

LISTA TABLAS

Tabla 1	Proceso de subcategorización 1
Tabla 2	Proceso de subcategorización 2
Tabla 3	Proposiciones teóricas
Tabla 4	Interpretación
Tabla 5	Relaciones empíricas
Tabla 6	Contrastación de proposiciones e interpretaciones
Tabla 7	Selección de las mejores proposiciones
Tabla 8	Muestra de expertos
Tabla 9	Categorización de categorías
Tabla 10	Matriz de triangulación 1
Tabla 11	Matriz de triangulación 2
Tabla 12	Matriz de triangulación 3
Tabla 13	Matriz de triangulación 4
Tabla 14	Matriz de triangulación 5
Tabla 15	Matriz de triangulación 6
Tabla 16	Resultado de la interpretación de la matriz 1
Tabla 17	Resultado de la interpretación de la matriz 2
Tabla 18	Resultado de la interpretación de la matriz 3
Tabla 19	Resultado de la interpretación de la matriz 4
Tabla 20	Resultado de la interpretación de la matriz 5
Tabla 21	Resultado de la interpretación de la matriz 6

INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE LOCACIÓN DE SERVICIOS REFERENTE A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, UN VACÍO NORMATIVO

GLADIS DAJANA SANTA CRUZ REYES

HELEN ISVET RIVERA DAVALOS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÙ

RESUMEN

La investigación realizada es sobre los contratos de locación de servicios y su interpretación con respecto a la gestación por sustitución siendo un vacío normativo existente en el Perú, para lo cual se planteó como objetivo principal el interpretar como emplear un contrato de locación de servicio en la figura de la gestación por sustitución como una posible alternativa para el vacío normativo existente, así también se formuló como objetivos específicos el interpretar el derecho a la reproducción en relación con la libertad contractual de los comitentes y el determinar la identidad de la madre de intención teniendo en cuenta el carácter personalísimo que se le otorga a la locadora. En ese sentido se plantea en la investigación desde una técnica de investigación cualitativa, con un diseño interpretativo y crítico; y un método inductivo, por la cual se realizó entrevistas a especialistas en el ámbito civil, con lo cual se aproximará más al objetivo de la investigación. El trabajo realizado dio como conclusión que la gestación por sustitución puede y debería realizarse mediante un contrato de locación de servicio en razón de que este protege y salvaguarda los derechos de las partes involucradas.

Palabras clave: gestación por sustitución, contratos de locación servicios, madre de intención, derecho reproductivo

INTERPRETATION OF SERVICE LEASE CONTRACTS REGARDING SURROGATE GESTATIONAL, A REGULATORY LOOPHOLE

GLADIS DAJANA SANTA CRUZ REYES

HELEN ISVET RIVERA DAVALOS

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL PERÙ

ABSTRACT

The research carried out addresses the topic of service lease contracts and their interpretation in relation to surrogacy, which represents a legal void in Peru. The main objective of the study was to analyze how a service lease contract can be employed as a potential alternative within the framework of surrogacy to fill the existing legal void. Additionally, specific objectives were formulated, including interpreting the right to reproduction in relation to the contractual freedom of the commissioning parties and determining the identity of the intended mother, taking into account the highly personal nature attributed to the surrogate. To achieve these objectives, a qualitative research approach was employed, utilizing an interpretive and critical design, along with an inductive method. Interviews were conducted with specialists in civil law, which provided a more comprehensive perspective towards achieving the research objective. The findings of the study concluded that surrogacy could and should be conducted through a service lease contract, as it protects and upholds the rights of all parties involved.

Keywords: surrogate mother, service lease contracts, the intended mother, reproductive right

INTRODUCCIÓN

La tesis está siendo presentada a la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Autónoma del Perú, para obtener el título de abogado, la misma que trata un tema muy importante como es el establecimiento de una regulación basada en los contratos de locación de servicios para regular la gestación por sustitución.

A lo largo del mundo existen diversos tipos de problemas de salud que privan a las personas de realizar su vida de forma cotidiana, entre estas enfermedades o imposibilidades médicas se pueden sacar a relucir el problema de infertilidad o esterilidad que tiene las personas, que como consecuencia causa la imposibilidad de poder formar una familia. Una de las maneras en las que las parejas afrontan este tipo de situación es con las prácticas de las técnicas de reproducción asistida (en adelante TERAS), específicamente el uso de la gestación por sustitución, el cual está siendo regulado de manera efectiva en el ámbito internacional como es en el país de Estados Unidos y México, contando ambos países con una legislación clara con respecto a la identidad de la madre, y en el ámbito sudamericano se tiene como representantes de esta regulación a Brasil y Uruguay quienes regulan la gestación por sustitución de forma altruista, pero de igual forma reconociendo de forma precisa quien es la madre del nonato.

Con lo que respecta a Perú, este aún se encuentra en un vacío legal en cuanto a la gestación por sustitución puesto que, a la fecha no existe una normativa que regule la práctica de esta técnica, solo contando con la ley general de salud que vagamente indica que el uso de las TERAS está permitido siempre que la madre genética y la madre gestante sea la misma, lo cual dificulta el uso de este mecanismo como una solución para las parejas que sufren de esta enfermedad. La falta de regulación impide que se sepa cómo actuar o manejar estas situaciones en el Perú,

creando una incertidumbre jurídica para las personas que solo tienen esta opción como viable para formar una familia, es por ello que se presenta un trabajo en el que se quiere interpretar si la gestación por sustitución se puede regular mediante un contrato de locación de servicios (en adelante C.L.S.) la normativa peruana brindando un mecanismo para su respectiva regulación.

Es preciso indicar que en el capítulo I se presentó la realidad problemática de esta situación la cual aqueja a una gran cantidad de peruanos, para lo cual se analizó la normativa internacional con respecto a esta problemática y se comparó con la del país, procediendo después a plantear la formulación del problema junto con los objetivos de investigación que se quiere alcanzar, de igual manera se planteó la justificación del trabajo en el cual se precisó las razones por las cuales se decide investigar este tema y por último las limitaciones que se encontraron al momento de realizar dicha investigación.

En el capítulo II se precisaron los antecedentes, las bases teóricas y definiciones conceptuales, las cuales sentaron las bases nacionales e internacionales referente a la gestación por sustitución en relación a los contratos de locación de servicio y posteriormente con las definiciones se logró aclarar puntos de vital importancia al momento de enmarcar esta investigación, así mismo se realizó un análisis de las normas internacionales para lograr un entendimiento de como manejan la gestación por sustitución en sus respectivos países y con ello luego se procedió a ver las bases legales que se tuvieron en Perú sobre dicho tema, y para terminar en el capítulo II se llevó a cabo una triangulación que ayudo a que las teorías que se abordó, sean analizadas y así reformularlas en una teoría que albergue las más importantes.

En el capítulo III se detalló el tipo y diseño de investigación que se empleó, el escenario y los sujetos participantes que ayudaron con una entrevista, así mismo los supuestos categóricos que se analizaron en el presente trabajo, también se señalaron las categorías y subcategorías con su respectiva paralización, el método y técnica a emplear y por último el procesamiento de datos.

En el capítulo IV se expusieron y analizaron los resultados obtenidos por medio de las entrevistas que dieron mejores alcances sobre el tema investigado y, finalmente, en el capítulo V se realizó un cotejo de toda la información recabada hasta la fecha y luego se pasó a analizarla junto con la información de las entrevistas, arribando a la conclusión de que la mejor manera de tratar la figura de la gestación por sustitución es mediante un C.L.S. puesto que este servirá como prueba fehaciente de los parámetros con los que se rigió dicha técnica de reproducción asistida desde un inicio al fin de la relación contractual.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Realidad problemática

La gestación por sustitución (en adelante G.S.) se ha vuelto una elección viable para las personas con algún problema de esterilidad y/o infertilidad, muchas de las mujeres que alquilan un vientre terminan con el problema de que la gestante se encariña con el feto que está llevando en su útero, aun cuando en muchos casos no comparten vínculo consanguíneo con éste, pero el mayor problema es que el derecho protege a la gestante y la reconoce como madre en perjuicio de la mujer que alquiló el vientre y que en algunos casos también comparte ADN con el feto.

En el Perú no existe una regulación con respecto a la figura de la G.S., puesto que la única mención que se puede resaltar sobre este tema se encuentra en la ley general de salud, donde se hace mención que, si una pareja hace uso de la reproducción asistida, sólo se puede realizar si se cumple con la limitación de que la madre gestante y la madre biológica sea la misma persona. Por otro lado, según una noticia de América Noticias (2018) donde se explica en un estudio realizado por la sociedad peruana de urología la cual determinó que el 15% de parejas peruanas tienen problemas de infertilidad y además que de esa cifra el 30% y 40% es responsabilidad del sexo masculino de la relación, aun así se puede inferir de este porcentaje que la mayoría con problemas de infertilidad en la relación son las mujeres con un porcentaje alrededor del 60% a 70%, por lo cual las mujeres sufren al momento de iniciar una familia y recurre a las opciones que encuentran más factible para este proceso.

En el ámbito mundial se ha podido apreciar que existen países que ya vislumbraron las situaciones que se mencionaron y decidieron actuar en consecuencia buscando formas de regulación que se adecuen a sus normas constitucionales, entre ellos los más representativos de Sudamérica son Brasil y

Uruguay, los cuales ya han dado los primeros pasos en la aceptación de esta realidad problemática para las mujeres con problemas de fecundidad, es así que en Brasil acepta la G.S. pero únicamente se permite si la gestante lo realiza de forma altruista, mientras que en Uruguay se busca que al menos uno de los padres intencionales que contraten el servicio entregue su material genético al momento de la fecundación (El telégrafo, 2019).

Uno de los países que tiene regulado la G.S. es EE. UU. como uno de los más avanzados en esta materia y aunque cada Estado que lo conforma tiene sus propias normas, se puede ver que ya existe regulación en varios de ellos y que muy pocos son los que lo prohíben; en esa misma línea uno de los países que tiene bien planteado el contrato de G.S. es México, implementando un apartado completo sobre la gestación subrogada en su código civil para el Estado de Tabasco (1997), especificando los requisitos y condiciones que se propone para plantear un contrato entre la pareja interesada en ser padres y la gestante, garantizando tanto el bienestar del niño como la gestante, dicho procedimiento es supervisado por la Secretaría de Salud del Gobierno. Específicamente en el código de México para que un contrato de G.S. pueda contar con validez total debe estar certificado por un notario, se debe realizar en una clínica certificada por la Secretaría de Salud, los cónyuges contratantes deberán pagar todos los gastos médicos y una póliza de seguro para la gestante y por último las mujeres que serán gestantes cuentan con una larga lista de requisitos los cuales incluyen contar con capacidad de razonamiento, ser de nacionalidad Mexicana, un rango de edad de 25 a 35 años, no haber estado embarazada en un plazo de 1 año certificado por un médico especialista, no contar con alguna adicción al alcohol o drogas, entre otros requisitos.

Siguiendo esta línea de pensamiento para que un contrato cuente con validez, debe contar con la voluntad de querer realizarlo de lo contrario puede considerarse un contrato nulo. Sanromán (2013) considera cómo se relaciona la importancia de la voluntad con la creación de un contrato, los contratos están sujetos a la ley, al orden público y a las buenas costumbres de las personas, siendo todos comportamientos que se llevan practicando desde una temprana edad de manera constante, otro punto importante que se considera es la libertad de ejecución del contrato que es necesaria para su pleno efecto, ambos contratistas deben cumplir el contrato, para que su efecto sea válido. Al agregar la G.S. en el ordenamiento jurídico como un C.L.S., se estaría arribando a una manera de regulación, en la cual se debe tener en cuenta los deseos de ambas partes al momento de firmar.

Finalmente, en el Perú, se tiene que ir implementando esta idea puesto que es necesario para la sociedad y con ello apoyar a las parejas con las dificultades que suceden al momento de usar este método por la falta de una regulación; que en muchas ocasiones terminan en un gran obstáculo con respecto a este tema, si se observa desde una perspectiva legal, el proceso que se lleva a cabo es un servicio por lo que se debería poder usar un C.L.S., donde una parte da en alquiler su útero para llevar al feto por nueve meses, el cual se llamara locador, mientras la otra parte se compromete a pagar por el servicio y a hacerse cargo de los gastos que puedan generarse a lo largo del embarazo y el parto, los cuales serán llamados comitentes, pero aun así se puede apreciar que existen dificultades al realizar esta modalidad, como una de las repercusiones que causa esta situación es que al momento del nacimiento no se puede acreditar quienes son los padres biológicos y los padres legales, pero también está el vínculo afectivo que se forma entre la gestante y el feto que en muchos casos ni siquiera comparte ADN con éste, pero al llevarlo 9 meses en

su vientre forma un vínculo sentimental, los contratos ayudaran a que se respete la relación y que la misma sea clara de inicio a fin, es en este punto en el que se centra la investigación.

1.2. Formulación del problema

Según Ivabe (2012) la formulación del problema de investigación es la fase en donde se delimita la idea de la investigación, así mismo los problemas planteados en la investigación deben ser viables, precisos y significativos para la sociedad y demostrar una relación entre las variables de estudio.

Vara (2012) indica que, para formular la problemática primero se debe ubicar la idea principal dentro de los conocimientos preexistentes y así evitar una contradicción futura. En el planteamiento del problema se debe brindar los argumentos de por qué el tema tratado resulta un problema con su respectiva fundamentación científica.

Problema general

¿Se puede incorporar en un contrato de locación de servicios la figura de gestación por sustitución para suplir un vacío normativo?

Problemas específicos

Los problemas específicos se construyen empleando las dimensiones de las variables por lo que se han dimensionado estas y se pueden leer en las tablas 1 y 2.

Tabla 1

Proceso de subcategorización 1

Categoría	Subcategorías
Gestación por sustitución	D ₁ Derecho a la reproducción
	D ₂ Establecer la identidad de la madre de intención

Tabla 2

Proceso de subcategorización 2

Categoría	Subcategorías
contrato de locación de servicios	D ₁ Libertad contractual

¿De qué manera se interpreta el derecho a la reproducción con respecto a la libertad contractual de los comitentes?

¿De qué manera se interpreta el establecer la identidad de la madre de intención con respecto al carácter personalísimo prestado por la locadora?

1.3. Justificación e importancia de la investigación

Hernández et al. (2014) explican que es necesario justificar la investigación que se realiza mediante un propósito claro y conciso puesto que un trabajo no puede existir sin un propósito real.

Monje (2011) manifiesta que la justificación de la investigación incluye una breve descripción de las razones por las que la investigación se considera efectiva y necesaria, estas razones deben ser convincentes para que la inversión en recursos, esfuerzo y tiempo sea razonable.

Justificación teórica

La investigación se realiza con el propósito de recabar conocimientos ya existentes sobre la G.S. dentro del ordenamiento jurídico, utilizando la técnica de entrevistas por el cual se contribuirá a la materialización del tema investigado y trayendo aportes con la actual investigación.

Justificación práctica

El presente trabajo se realiza porque existe la inminente necesidad de regular la G.S., dado que en la actualidad han existidos casos y jurisprudencias sobre el tema en cuestión, pero a la fecha aún no se encuentra alguna norma por los cuales se pueda regir esta figura.

Justificación metodológica

La investigación buscará realizar entrevistas a especialistas en el tema sobre la G.S., esta investigación podrá contribuir para que en un futuro se regularice la figura de la G.S. para estas situaciones y además será de ayuda para otras investigaciones que se realicen sobre el mismo tema.

1.4. Objetivos de investigación: general y específicos

Objetivo general

Interpretar la incorporación del contrato de locación de servicio en la figura de gestación por sustitución para suplir un vacío normativo.

Objetivos específicos

Interpretar el derecho a la reproducción con respecto a la libertad contractual de los comitentes.

Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención con respecto al carácter personalísimo prestado por la locadora.

1.5. Limitaciones de la investigación

Arias (2006) explica que las limitaciones son todos las trabas, impedimentos y dificultades que tenga el investigador a la hora de la realización de su investigación.

Asimismo, según Bernal (2010) las limitaciones es una forma de demostrar la viabilidad de la investigación, además las limitaciones se pueden relacionar con la limitación de tiempo, limitación de espacio o territorio y la limitación de recursos, aunque cada investigador puede plantear limitaciones distintas dependiendo de su perspectiva.

Limitación bibliográfica

El presente trabajo de investigación ha contado con diferentes referencias bibliográficas, que han sido proporcionadas en su mayoría de la biblioteca virtual de

la Universidad Autónoma del Perú, también se utilizó libros virtuales que han sido adquiridos en línea, así como también algunos físicos que se tenía a disposición, pero además se empleó algunos repositorios virtuales que están abiertos al público de otras universidades.

Limitación temporal

El trabajo se está realizando durante la pandemia de Covid-19, situación que ha perjudicado algunas actividades desde su aparición en marzo del 2020, aun así, la recolección de información no se vio perjudicada gracias al internet que facilita la obtención de información de forma segura, además la investigación es de categoría cualitativa, por lo que aun en pandemia se pudo realizar sin mayores dificultades.

CAPÍTULO II
MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de estudios

Nacionales

Aco (2020) en su investigación realizada sobre la regulación de la G.S., además tuvo como objetivo examinar la regulación de la G.S. y si esta pudo amparar los proyectos de vida de las mujeres con infertilidad. La investigación se realizó con un enfoque cualitativo para así poder explicar de forma más minuciosa las diferentes situaciones observables sobre la problemática, conforme a este hecho la investigación fue realizada con un tipo descriptivo, a razón de realizar un análisis de las variables, así mismo se ha trabajado en función de una metodología jurídica dogmática y sociológica en virtud de recolectar tanto las normas como las ideas sociológicas sobre el tema, para lo cual se usaron las fichas de observación documental como instrumento para recoger la información recopilada y así obtener los subsiguientes resultados.

En la investigación se concluyó que al realizarse una regulación de la G.S. se estaría brindando seguridad y bienestar al proyecto de vida de las mujeres con problemas de infertilidad, al interrumpir los proyectos de vida también se está vulnerando sus derechos fundamentales a la libertad, desarrollo integral, reproducción y bienestar de la madre. Así mismo según las indagaciones realizadas por la investigadora sobre la G.S., según el derecho comparado los distintos países tienen diferentes posiciones con respecto a este tema, algunos países prohíben esta práctica y muchos otros la aceptan ya sea de forma onerosa o altruista, aunque también hay algunos que tienen una regulación mixta. Por último, el autor reafirma su postura que se debería regular la G.S. lo antes posible para no incurrir en la vulneración de los derechos de las madres infértiles y con subsiguiente daño a la realización de su vida.

El objetivo del citado autor tiene una considerable concordancia con el objetivo de la investigación, ya que ambos establecen la gran importancia de la regulación de la G.S. en el Perú.

Arauco (2021) en su tesis realizada sobre la implementación del embarazo subrogado, investigación que tuvo como objetivo analizar las razones fundamentales por la cual no existe una regulación en el ordenamiento jurídico sobre el embarazo subrogado. La investigación tuvo un enfoque cualitativo puesto que se centraron en examinar los pocos conflictos jurídicos que se dieron a conocer y la correspondiente resolución dictada por el juez, por consiguiente la investigación que se empleo fue de tipo aplicada puesto que esta busca encontrar una solución a un problema planteado, a razón de esto, la investigadora desarrolló su trabajo en el marco descriptivo y explicativo, marco que les ayudó a la recolección de las situaciones y de su subsiguiente explicación, con un diseño transversal para observar cómo se resolvió los casos planteados frente al juez, para ello se utilizó instrumentos para recabar información de la población objetiva de la investigación.

La investigadora concluyó su investigación explicando que la OMS dictamina a la infertilidad como una enfermedad y que se debería dar acceso a las soluciones necesarias para esta condición, entre ellas la más recomendada es la reproducción asistida para tratar con estas situaciones, razón por la cual la investigadora considera que no existen razones para la negativa en su implementación, por lo que además agrega que con los avances científicos se están dando herramientas para que las personas infértiles accedan a estos mecanismos y que por ello se debe velar por las partes que están interviniendo en este proceso y más por el nonato que se está llevando en el útero, además con su regulación el Estado estaría protegiendo a todos los participantes dando normas que velen primeramente por el interés superior del

niño, por lo que en su investigación se llega a la conclusión de que la mejor solución para luchar con la inexistencia de esta ley, es con la creación de una regulación de los embarazos subrogados en el Perú.

El objetivo planteado por la autora del trabajo tiene cierta concordancia con el planteado en el presente trabajo, puesto que la meta de ambas investigaciones es ver una solución para las personas infértiles brindando sugerencias para ello.

Ramírez (2019) en su investigación sobre la G.S. como un nuevo panorama en los proyectos de vida, enfocado en un análisis desde los derechos fundamentales, dicho trabajo se realizó con el objetivo de aclarar cuál es la posición de la G.S. centrándonos en los derechos fundamentales del Estado peruano. Con respecto al enfoque que se utilizó en la investigación fue de estilo cuantitativo a razón de utilizar las encuestas para interpretar las opiniones de las personas con respecto a la G.S., por lo cual planteó que el tipo de investigación sea una básica o fundamental para obtener conocimiento teórico – científico con un nivel de investigación descriptivo – explicativo utilizando el método científico desde una perspectiva no experimental de tipo descriptivo empleando la investigación bibliográfica, las entrevistas y las encuestas.

El trabajo de investigación realizado por el autor tuvo como conclusión que la normativa peruana que se tiene vigente establece una buena aceptación e implementación para poder regular la figura de la G.S., aun así, la ley general de salud es un mecanismo escaso puesto que no da respuestas a los problemas jurídicos que se están desarrollando, por lo que necesita una mejora lo antes posible. Asimismo, el autor indica que es de vital importancia la regulación de la G.S., ya que de realizarse esta implementación en la norma se disminuirán y se solucionaran tantas controversias judiciales, casos que al no solucionarse quedan inadvertidas para la

sociedad, como del marco legal peruano, asimismo explica que de continuar con la falta de regulación, se estaría llegando al punto donde se causara una transgresión a los derechos fundamentales, además se está vulnerando el interés superior del niño, a razón de que se está generando indecisiones en los derechos a la dignidad, la identidad y la filiación del nonato o feto que está por nacer.

El autor planteó un objetivo que tiene cierta semejanza, pero también diferencia con el objetivo, ambos trabajos están estudiando la G.S., la diferencia es que el autor está analizando desde una perspectiva de la vulneración de los derechos fundamentales, y aunque se está viendo hasta cierto punto esas vulneraciones también se está estudiando la G.S. en el ámbito de su aplicación como un contrato.

Rojas (2020) en su trabajo de investigación sobre la incorporación de normas sobre la G.S. como herramienta para la formación de la familia, tuvo como objetivo determinar la necesidad de incorporar a las normas la G.S. como una garantía para la consolidación de la familia. La investigación tuvo un enfoque cualitativo a razón de que se determinará un análisis de la situación, iniciando desde los vacíos legales con un método de investigación documental-bibliográfico que se usó para recolectar datos doctrinarios y jurisprudenciales y así ver el pensamiento humano y el jurídico, para lo cual se emplearon las entrevistas, el estudio de los casos, la observación, el análisis del contenido dogmático y el fichaje.

La conclusión a la que arribó el autor es que la G.S. es una buena opción entre las TERAS, pero se debería incorporar una regulación jurídica para brindar un mecanismo que dé seguridad a los participantes de esta práctica. Se debe poner en consideración como un punto primordial, el derecho paterno-filial que tiene los padres de intención sobre el feto o recién nacido y es aquí donde recae el punto de importancia de la incorporación de una regulación, por la cual se pueda establecer de

forma clara y directa la institución familiar para la G.S. como una herramienta para las personas infértiles, además poniendo en consideración el derecho de familia, se puede decir que al no permitir esta práctica se estaría enfrentado a un vacío legal, debido a que al no contar con una regulación jurídica que establezca los requisitos mínimos que se deberían considerar al momento de usar estas técnicas, además se debe determinar de manera fehaciente los derechos de filiación con interacción a los padres de intención y los derechos a la identidad del menor nacido de esta clase de TERAS.

El objetivo de investigación de este trabajo tiene cierta similitud con el objetivo del trabajo, el autor busca la incorporación de la regulación sobre este tema para ayudar a la figura de la familia, mientras la actual investigación está buscando la implementación de una normativa mediante un C.L.S.

Vega (2017) en su investigación realizada sobre la inaplicación de un principio de maternidad en los casos de útero subrogado, el cual tuvo como objetivo el determinar el no emplear el principio de Mater Semper Certa Est para los bebés nacidos por la G.S. El estudio al tener un enfoque cualitativo realizó una recolección de información dogmática de carácter nacional e internacional, así como también un análisis jurídico de las diferentes posturas sobre el tema de la G.S.

La investigación concluyó que al hacer uso de la G.S. los juristas entran en preguntas sobre la determinación de la maternidad, según el principio que estuvo bajo análisis para poder determinar la maternidad se tiene dos puntos importantes: la persona que lo parió y su identidad, pero al determinar la relación del recién nacido con los padres de intención resulta inaplicable este supuesto, es aquí que para la determinación de la maternidad se deberá emplear otros presupuestos para fundamentar quien es la madre del recién nacido, por lo que es de vital importancia la

utilización de la prueba de ADN para la determinación exacta del niño nacido mediante esta técnica, con la cual se podrá establecer una correcta relación materna filial, siendo una herramienta de vital importancia como medio que se usará en la madre así como se usa en el padre para atribuir la paternidad.

El objetivo de esta investigación no tiene similitud con el presente trabajo, aunque el tema de fondo es el mismo, el autor concluye que el ADN es el fundamento verídico para establecer la relación mientras que en el presente trabajo se observa más la relación que se forma desde el momento de la firma del contrato de los padres de intención con el nonato, mientras que el objetivo del presente trabajo es demostrar que la madre de intención tiene derecho a ser reconocida como madre legal.

Internacionales

Torres (2018) en el planteamiento de la tesis española referente a la igualdad en los contratos de la G.S., planteado con el objetivo de explicar cómo la libertad reproductiva de la mujer no tiene un efecto negativo con respecto a la maternidad que se establecen en los contratos de la gestación subrogada. La investigación tuvo un enfoque cualitativo para comparar las distintas ideas de juristas, ideólogos y movimientos políticos, por lo que esta investigación ha sido de tipo argumentativa a razón de presentar los supuestos de manera explicativa encontrando una relación válida entre las variables evitando generalizar el fenómeno de la investigación y para conseguir los resultados requeridos para la comprobación de su hipótesis inicial.

Por lo que en la investigación se concluyó que, en el contrato de subrogación de vientre, la paternidad intencional se convierte en la más poderosa, esto es aceptable si y sólo si la autonomía de los demás no se ha visto comprometida o negada. La característica principal de este contrato es la cancelación del vínculo que existe entre la gestante subrogada y el bebé que están gestando. El sistema legal en

España aún continúa arreglando los términos en los que se realizan los contratos de subrogación puesto que son comparados con la donación de órganos, la única diferencia es al momento del consentimiento en la que se renuncia a la acción, ya que los contratos de subrogación son de carácter obligatorio hasta la finalización del embarazo.

En cuanto a la relación del objetivo planteado por el autor tiene un grado de influencia con el objetivo de la investigación, ya que se observa la problemática que se vive en el país conforme a la regulación de la G.S. y a pesar estar regulado continúa existiendo un déficit en cuanto a su correcta aplicación.

El investigador colombiano Rosero (2018) en su trabajo alusivo a la naturaleza jurídica de la G.S., su impacto en el derecho laboral y las consecuencias que acarrea, en el cual su objetivo era analizar el avance de las TERAS y como se ha logrado brindar una alternativa para que las personas puedan tener hijos ya sea por falta de pareja o por tener problemas de infertilidad; en la actualidad ha habido un incremento en la tasa de infertilidad en algunos países, que ha traído como consecuencia que las parejas que quiera formar una familia se apoyen en las TERAS para lograrlo, creando de esta manera un nuevo problema jurídico al cual se denominó "G.S.". Al no contar con una regulación, esta situación afecta de manera directa los derechos de la familia y del niño, por lo que la gestante obtiene una obligación legal de derechos no transferibles a raíz de un contrato, generando una subordinación y haciendo parecer a la figura como una relación laboral. La presente investigación tiene un enfoque cualitativo centrándose en la perspectiva de la problemática estudiada y tomando en cuenta el punto de vista del autor con el tema que se vive en estos días, así mismo comparó de manera completa las regulaciones jurídicas de diferentes países y el

efecto que tiene tanto en los países que tienen una regulación activa y los que no se encuentran regulados.

Al tener la comparación de la regulación de la G.S., el autor concluye, que a pesar de la existencia de un nuevo problema jurídico aún se encuentra dividido en diferentes posturas; las que lo aprueban de manera firme, otros que si bien lo tienen regulado ponen un gran número de limitaciones y aquellos países que aún no han normado el tema gozando la aceptación del público joven.

La relación que tiene con la investigación es que Perú es uno de los que aún no cuenta con una regulación con respecto al tema, únicamente la ley de general de salud, lo que deja con vacíos legales, aunque esta ley no impide directamente la reproducción asistida tiene una condición que la madre genética y gestante sea la misma persona.

Jiménez (2019) en su investigación mexicana sobre la G.S., donde propone una reforma en el código civil, el cual tuvo como problemática principal los riesgos que pueden afectar a las mujeres ante las modalidades de reproducción asistida, siendo uno de ellos el que pone en una situación difícil el conocer el rol de madre, al no especificar el término de madre gestante y madre genética, lo cual es una alteración jurídica al momento de la inscripción del niño recién nacido generando una obligación jurídica para ambas partes, con lo cual se crearía una situación problemática, como es un posible tráfico de úteros y explotación para con las mujeres.

En cuanto al objetivo principal de la investigación que fue proponer una reforma del código civil mexicano para añadir la regularización de la maternidad, para que tanto el recién nacido como la madre gestante cuenten con un tipo de protección al momento de la entrega del menor a la madre de intención. La metodología de la investigación tuvo un enfoque cualitativo utilizando dos métodos diferentes para

recolectar la información, el método jurídico para poder analizar todas las dimensiones jurídicas y el efecto que tienen las normas, lo cual aportó en la investigación para fundamentar la importancia de regular la práctica de la G.S. y el método ligado a un análisis documental, lo cual ayudó a organizar los diferentes libros, ensayos, recortes periodísticos de varios autores que han tomado como referencia para la investigación; para de esta manera resolver el problema planteado.

Posteriormente al análisis planteado se concluyó que, a pesar de la existencia de diferentes métodos de reproducción asistida, que ayudan con los problemas de infertilidad, la G.S. es una técnica muy poco regulada. La maternidad legal debe ser un tema de suma importancia para garantizar los derechos del niño, por ello la modalidad de la G.S. debe contar con una regulación activa.

En cuanto a la relación que tiene con la investigación que se está realizando es que el autor busca modificar el código civil de su país para poder adecuar la G.S. de una manera que proteja tanto al niño, a la madre genética y a la madre de intención para que no ocurra algún incidente a futuro.

El investigador ecuatoriano Avalos (2017) en su trabajo sobre la relación entre la G.S. y el bienestar del niño; el cual tuvo como problemática principal la falta de regulación por parte del Estado, dando como consecuencia que las necesidades de la población no hayan sido protegidas y la vulneración significativa de la garantía de sus derechos, en consecuencia el no regular una conducta antijurídica de la práctica de la G.S. ocasiona que la población pueda aprovecharse de un vacío legal tan evidente. El objetivo principal de la investigación fue el de regular la práctica de la G.S. por medio de un contrato sin fines de lucro para que de esta manera se pueda evitar un conflicto futuro, al ser considerado al niño como un objeto comercial. En cuanto a la metodología que se utilizó fue la cualitativa puesto que se analizaron las

características de la problemática que afectan a la población, utilizando técnicas analíticas, para comprender el fenómeno social que se está planteando.

Después de la investigación correspondiente el autor pudo concluir que la gestación subrogada es un procedimiento médico en el cual la mujer prestó su útero al embarazo luego de llegar a un acuerdo con ambas partes (padres biológicos) y quedó embarazada, y que al término del embarazo entregue el niño a un padre que esté relacionado genéticamente con el menor. Este tipo de parto es un procedimiento médico muy frecuente elegido por parejas que no pueden concebir, la gestación subrogada se utiliza en todo el mundo y existen tres métodos permitidos o prohibidos en algunos países. En algunos países, este es un procedimiento permitido, en otros países, las mujeres tienen prohibido la realización de esta, mientras que en otros existen restricciones o cláusulas que deben cumplir las parejas que pretenden alquilar su vientre; uno de los requisitos es que la gestante sea familiar, y que haya realizado esta práctica médica con fines altruistas.

En cuanto a la relación que tiene con la investigación que se está realizando es que la regulación de la G.S. al ser considerada una conducta antijurídica está creando un vacío legal lo cual causara que aparezcan problemas jurídicos en un futuro no tan lejano entre los padres biológicos y la gestante afectando la identidad del niño.

Lemes (2013) en su investigación realizada en Uruguay sobre la G.S. su vinculación con el hijo biológico, explico que la G.S. es un problema social el cual afecta a diversas personas en especial a las parejas con problemas al momento de la concepción, ya que debido al avance de las TERAS se crea el dilema de la vinculación con la maternidad. Teniendo como objetivo principal de la investigación el disputar sobre la problemática en el país de Uruguay, mostrando la G.S. como un

proceso de mercantilización para con el cuerpo femenino. Se utilizó un método cualitativo ya que está utilizando fuentes documentales y recolectando información de bibliografías y cualquier documento relevante en el proceso de investigación.

Tras la investigación del problema el autor pudo concluir que la técnica de reproducción asistida, la G.S., en Uruguay contemporáneo, ha llevado a considerar el cuerpo de la mujer como un bien comerciable poniendo a la mujer en una situación desventajosa ya que aún se encuentran iniciando con la resolución de la problemática y que comience a tener mayor relevancia con respecto al tema.

En cuanto a la relación que tiene con la investigación que se está realizando es que la regulación que tiene Uruguay ha causado una problemática social al no haber regularizado de manera correcta la G.S.

2.2. Desarrollo de la temática correspondiente al tema investigado

Teorías generales del derecho

Teoría pura del derecho de Hans Kelsen.

Kelsen (1982) en su teoría pura del derecho toma 8 puntos en su lógica; el primero de ellos es el Derecho que se encuentra en la naturaleza el que es conocido como derecho positivo, el cual tiene su razón en analizar los actos que se pueden observar en la realidad y la connotación jurídica de los mismos. Kelsen especificaba que el derecho nacía o tenía su punto de partida en el comportamiento humano, comportamiento que es regulado por las normas que salen a raíz de este.

El segundo punto que toca en el libro es el derecho y la moral, el cual trata de que no solo se rige por las normas jurídicas que están establecidas por el Perú sino también por las normas sociales y/o culturales que están influenciadas por la moral y la ética. En el tercer punto se habla acerca del derecho y la ciencia, este punto trata de que la ciencia del derecho se encarga de analizar las normas jurídicas que están

establecidas y de ellas parten dos corrientes, una que establece que el derecho es el mismo con el pasar del tiempo y otra que establece lo contrario, el derecho evoluciona con el comportamiento humano.

El cuarto punto es acerca de la estática jurídica, la cual establece que solo se va a tomar en cuenta las normas jurídicas instauradas en el momento y no se tomara en cuenta otra perspectiva al momento de tratar un problema jurídico. Después como quinto punto se habla acerca de la dinámica jurídica, Kelsen determino que las normas deben estar en un orden jerárquico para que de esta manera exista un respeto entre las mismas con el fin de respetar el alcance de una norma sobre otra. Luego el sexto punto se habla acerca del derecho y Estado, en el cual indica que el Estado es un ente que tiene sus propios derechos, deberes y obligaciones y que el mismo ha existido antes de la creación de las normas mencionadas, por lo que se debe respetar al Estado como raíz del derecho.

El séptimo punto que toca en el libro es el Estado y el derecho internacional, el cual establece como sus bases la norma fundamental básica, los tratados internacionales y las normas producidas por tribunales internacionales que ayudan en los conflictos entre países. Como último punto el cual trata sobre la interpretación de la norma constitucional, el cual es la forma correcta de realizar la aplicación del derecho, y como a raíz de esta interpretación nacen las normas interiores y exteriores que rigen al país.

Análisis con relación al tema (teoría pura).

En cuanto a la relación entre el tema de la investigación y la teoría planteada, se interpreta que en cuanto exista conducta practicada por un considerable número de personas el derecho debe regular la misma, ya que según Hans Kelsen todo comportamiento que sea de interés para el derecho debe estar contenido en una

normativa para su aplicación, con el avance de las prácticas médicas se implementaron otros procedimientos en cuanto a la reproducción y no se puede dejar este comportamiento sin un claro marco legal.

Identificando que la norma de mayor jerarquía para Kelsen es la constitución, coincidiendo con la realidad del Perú, en la cual, a pesar de que en la constitución no está establecido de manera clara el derecho a la reproducción, en su artículo 3 se dice que también se debe considerar de igual manera las sentencias o normas de la corte interamericana, siendo el caso de Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica en la cual se reconoce el derecho a reproducción de una persona. Se establece también en el artículo 4 de la constitución el derecho de las familias, promoviendo de esta manera el derecho de las parejas de formar una familia dentro de sus posibilidades biológicas.

Es por ello que de acuerdo a los principios de la teoría analizada es una obligación para el Estado el regular la G.S., ya que de esta manera se estaría normando de manera correcta el comportamiento reproductivo de las mujeres y no tener inconvenientes al momento del reconocimiento del bebe; realizando un modelo práctico y efectivo para determinar el procedimiento adecuado para la integración de la legislación en el ámbito contractual, puesto que se ha quebrantado un derecho superior de la persona al no tener en consideración el derecho a la reproducción.

Teoría tridimensional del derecho de Miguel Reale.

El filósofo del derecho brasileño Reale (1998) en su teoría de la tridimensionalidad de derecho formula que la visión del fenómeno jurídico es un producto sociocultural creado en la sociedad, asimismo identifica tres dimensiones en el derecho.

La dimensión normativa consiste en el estudio formal del derecho en la normativa dictada por el Estado las cuales tienen la facultad de obligar el cumplimiento de las personas; en cuanto la dimensión sociológica se refiere a la parte práctica del derecho como hecho social, es decir a la mutua influencia que se produce entre la sociedad y el derecho, por último la dimensión valorativa o axiológica que se refiere a entre lo correcto e incorrecto de la aplicación de la norma reflexionando del contenido ético de la misma.

Análisis con relación al tema (Teoría tridimensional).

En ese sentido, la teoría plasmada, resalta que el análisis de una legislación puede tener tres dimensiones, pues, al tener estos tres puntos de vista diferentes, los juristas pueden llegar a nuevas soluciones de una misma problemática.

En la dimensión normativa la G.S. no se encuentra regulada en el ordenamiento jurídico a pesar de que, si es practicada y que se viene dando en diferentes partes del país, ocasionando problemas al momento de identificar a la madre. Por lo que la falta de legislación afecta de manera directa al bienestar del niño y la identidad de este, hasta se puede acusar de un tráfico de personas de ser el caso, dejando un vacío legal para una problemática existente.

En la dimensión sociológica que se plantea que como sociedad el derecho tiene una gran influencia en las prácticas cotidianas y que al no ofrecer una manera de tratar con el tema de fecundación subrogada a pesar del desarrollo de las TERAS no es posible que una mujer con problemas de infertilidad pueda planificar de manera plena su propia familia, teniendo muchos condicionamientos para cumplir con su deseada maternidad.

Para finalizar la dimensión valorativa o axiológica, la falta de regulación de la G.S. no ha tenido un buen manejo por parte del Estado peruano, por lo cual se plantea

una novedosa forma de resolver de manera justa la problemática ocasionada en cuanto a la filiación en la práctica de la G.S. mediante un contrato que establezca todos los puntos de manera precisa para evitar futuros inconvenientes.

Teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy.

La teoría de Alexy (1993) propone una teoría estructurada en cuanto a los derechos fundamentales de la persona y la aplicación e interpretación de estos en la sociedad, teniendo en cuenta el problema de comprensión en el contenido de la norma. Haciendo una diferenciación entre la norma que se presenta en un cualquier ordenamiento jurídico: las reglas y los principios, este fundamento sirve como un patrón de argumentación para controlar las restricciones a los derechos fundamentales y descarta aquellas que implican sacrificios inútiles o innecesarios.

Alexy desarrolla como el contenido de un derecho fundamental puede llegar a ser tan superficial al momento de la interpretación, llegando a la conclusión que para resolver dicha encrucijada se debe resolver la tensión entre derechos constitucionales. En este punto, existe una conexión entre el peso del precedente y la tasa de restricción. La conexión entre la argumentación y los derechos fundamentales es que solo a través de la argumentación se puede demostrar que un derecho es afectado o desarrollado o garantizado que pertenece al grado de importancia. El principio de proporcionalidad es una estructura vacía sin argumentos.

Análisis con relación al tema (Teoría de los derechos fundamentales).

En ese sentido, la teoría plasmada, resalta que de su análisis que de no existir una norma plasmada o la existencia de un vacío legal para un supuesto jurídico se deberá recurrir a los derechos fundamentales de la persona para solucionar este conflicto. En el trabajo planteado el derecho a la reproducción es considerado un derecho fundamental para las personas que quieren formar una familia, en caso de

problemas ajenos a su control como es la infertilidad o esterilidad de los padres, ellos recurrirán a TERAS para tratar el problema, hablando específicamente de la G.S. por lo que esta teoría apoya los derechos no plasmados en la norma como es en este caso.

Teorías especiales

Teoría del derecho de reproducción.

Los derechos reproductivos están asociados a los derechos y libertades que derivan de los derechos humanos reconocidos internacionalmente, pudiendo todos ejercerlos por el solo hecho de existir y cada país debe asegurar su resguardo. A pesar de que en Perú no existe una legislación única respecto a este derecho, el Perú está ligado a numerosos tratados y normas internacionales que defienden los derechos reproductivos de toda persona para tomar decisiones autónomas sobre su vida reproductiva sin renunciar a su identidad y con un absoluto respeto de la integridad de su cuerpo, tomando en consideración su deseo de tener o no hijos, cuántos desean tener y en qué circunstancias hacerlo. Como bien lo explica el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008) todos los conjuntos de derechos humanos son carácter universal, por lo que todas las personas tanto hombres como mujeres tienen el derecho a gozar su ciclo reproductivo de manera que mejor les parezca.

Con el avance de la tecnología, las TERAS han impactado en el derecho, especialmente al momento de la concepción del menor no se encuentre establecido de manera clara la identidad de la madre, afectando los derechos fundamentales de la mujer para decidir la manera en que quiere tener a su hijo; ya que los derechos reproductivos permiten que tenga la libertad para decidir el tipo de familia que se

quiere formar y aunque por motivos de fuerza mayor no puede gestar aun así continua con la intención de formar una familia con su pareja.

Reafirmando los hechos planteados nuevamente el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2003) explica que, si bien el derecho a la reproducción no se encuentra plasmado en algún mecanismo internacional, hay un consenso para la aplicación de los derechos reproductivos al ser un derecho fundamental del ser humano y tienen un reconocimiento vinculante.

Los derechos reproductivos son un derecho fundamental de que cualquier persona pueda decidir de manera responsable la cantidad y en qué oportunidad tener hijos, contando con toda la información pertinente para su buen desarrollo. Como se vio en el caso de Caso Artavia Murillo y otros (Fertilización in vitro) Vs. Costa Rica, en el cual al derogarse el Decreto Ejecutivo No. 24029-S, el cual permitía la práctica de TERAS, nueve parejas afectadas por esto presentaron una solicitud a la Comisión Interamericana alegando que por problemas de infertilidad entre otros factores habían perdido la oportunidad de formar una familia. Donde uno de los fundamentos recalca que para un buen desarrollo en el ámbito familiar y el ejercicio de su derecho reproductivo se debe tener acceso a los avances tecnológicos si alguna de las partes tiene algún problema para la concepción.

Al momento de dictar sentencia la Corte estableció que, si bien los derechos reproductivos no se encuentran plasmados en la constitución, es un derecho derivado a formar una familia mediante una técnica de reproducción asistida.

Teoría sobre los presupuestos para determinar la maternidad del nonato.

Uno de los puntos que se debe tocar cuando se investiga el tema de la G.S. es como se debe determinar la maternidad en estas situaciones; en la revista del instituto de ciencias jurídicas de Puebla, México, en el artículo “Determinación de la

filiación en la procreación asistida” escrita por Varsi (2017) indica que por años se ha determinado la maternidad por el principio de Mater Semper Certa Est, el cual consolidaba que no existía duda en la maternidad, puesto que la gestante quien llevaba al nonato durante los nueve meses se le reconocía como la única madre (presunción tácita). Pero actualmente con las nuevas TERAS no sólo trastocan este principio, sino que hacen mucho más complejo determinar la maternidad, es aquí que el autor indica 3 supuestos; el primero llamado ovodonación, donde el espermatozoide es del cónyuge, el óvulo de una tercera persona que lo dona o vende y la gestante que sería la cónyuge del que dio los espermatozoides; el segundo supuesto que el autor denomina madre sustituta se sitúa cuando la mujer no puede ni gestar ni generar sus propios óvulos, por lo que se deberá buscar una mujer que gesta el feto durante los 9 meses y un óvulo de otra mujer para que sea inseminado por el espermatozoide se pareja y por último el tercer supuesto que brinda es el que denomino maternidad integral en donde el espermatozoide es del cónyuge y esté insemina el óvulo de su mujer, pero dicho óvulo lo gesta una tercera persona. En los dos últimos supuestos se está viendo el problema de infertilidad o de no poder gestar al feto, por lo que son los supuestos que se están llevando al análisis.

Al analizar estos supuestos que plantea el autor es que se llegó al punto de inferir que hay 3 supuestos donde se deberá determinar quién obtiene la maternidad del nonato y posterior recién nacido.

Teoría que da primacía de la maternidad a la gestante.

Esta postura está regida en que la maternidad es de la persona que gesta y da a luz al bebé, por muchos años en el derecho civil perduró esta perspectiva sobre cómo se determina la maternidad, siendo su base el principio de Mater Semper Certa Est, este principio estaba directamente ligado a esta perspectiva, puesto que el

principio se empleaba en la medida en que la maternidad siempre era cierta, en pocas palabras la maternidad nunca se ponía en duda, por lo que la determinación se daba a consecuencia de la persona que estuvo gestando al nonato.

Según el autor Hernández (2018) indica que esta postura con respecto a la maternidad si es analizada desde una interpretación sociológica deberá ser analizada desde diferentes ángulos, así mismo recalca que los romanos ocupaban el término de materfamilias y desde esta concepción es que nace que la maternidad se concebía por el hecho de que la mujer llevaba el embarazo y posteriormente daba a luz al recién nacido y en el caso de estar casada se determinaba como hijos legítimos de ambos cónyuges. Como bien se señaló, este presupuesto ha nacido como consecuencia de los hechos irrefutables que se suscitaban en una concepción tradicional, donde la única madre era la mujer que quedaba embarazada, en esa época era la única verdad, que nunca se podría poner en duda. Ahora bien, Hernández (2018) también señala que en el presente la maternidad puede ser o no cierta, separándolo inclusive del parto, y que con los avances se han creado la posibilidad de que la gestante no sea la misma que la genética, pero aun así existen juristas que ven a la gestante como un punto vital para la realización de la concepción, siendo el lugar donde se desarrolla, crece y forma la vida, por lo que apoyan esta postura de que la madre es la gestante.

Teoría que da primacía de la maternidad a la genética.

Con respecto a la postura que toma como preferencia a la genética, como se sabe una de las razones por las que se da la filiación entre el padre y los hijos está determinado a causa del material genético o en otras palabras el ADN que comparte con el niño y para poder afianzar la paternidad se hace uso de esta técnica, de igual

forma en esta postura se habla de que la determinación de la maternidad se da por la genética similar que tiene con el feto que está en la G.S.

Según Morales (2019) esta teoría de la contribución genética se emplea para indicar que la persona que obtendrá la maternidad será la mujer que aporta su material genético con los óvulos que se utilizan en la gestación. Asimismo, según la autora los juristas que defienden que la paternidad se establece por la genética en común con los hijos apoyan este postulado de que se debería determinar la maternidad de la misma forma, además Morales agrega que la parte genética es un dato muy importante a tener en cuenta al momento de probar el parentesco de los padres, el cual puede realizarse con un simple examen de ADN y que además hay que tener presente que es muy inconsciente o desnaturalizado pasar por alto los sentimientos de las personas que dan sus espermatozoides y óvulos a otra persona para la gestación con el sueño de formar una familia, pero también no se debería reconocer la paternidad o maternidad de los que donan material genético solo porque cambiaron de parecer después de la fecundación y el subsiguiente parto.

Como dijo la jurista cuando se habla de esta teoría se está tomando la genética como punto primordial para establecer la maternidad de una mujer y se debe ver el peso en esta postura, pero también es importante aclarar la dimensión en la cual se dio el uso de su material, en algunos casos los padres desde un inicio dan sus óvulos o espermatozoides para poder engendrar un hijo contratando un vientre que se ocupe de la gestación, mientras que hay personas que donan su material para ayudar a alguien y no sería para nada responsable retractarse y quitarle el derecho a esa familia, por lo que es un mecanismo que debe ser analizado antes de ser usado como referencia.

Teoría que da primacía de la maternidad a las madres de intención.

La postura actual según Jara (2021) es una legislación y un precedente vinculante de Norteamérica, distingue la parte del derecho fundamental y lo deslinda de la parte tanto genética y biológica (gestacional), dando una nueva noción sobre los nexos que conforman el parentesco, en esta idea la filiación legal se desarrolla a partir del afecto y de la voluntad de tener descendencia, lo cual le da un comienzo favorable para las personas infértiles o estériles para tener una filiación legal.

El autor menciona que la Teoría de la intención es un precedente vinculante Norteamericano, esto es a razón de que en Estados Unidos en el año 1993 sucedió el caso Johnson vs. Calvert, los Calvert eran una pareja de casados, de los cuales la cónyuge por un proceso médico ya no podría gestar, pero seguía produciendo óvulos, por lo que alquilaron el vientre de Cristina Johnson, quien por voluntad propia quiso ayudar, firmaron un contrato en el que se establecía que se usaría el espermatozoide y el óvulo de la pareja Calvert y la gestante Johnson llevaría al embrión, pero además renunciaría a la maternidad, por este servicio le pagarían \$10.000 a la gestante en cuotas durante el embarazo y el restante 6 semanas después del nacimiento del bebé, pero además se pagó un seguro de vida de \$200.000, pasados unos meses del embarazo pidió que se le pagará el íntegro de la suma acordada o no entregaría al niño, por lo que los Calvert iniciaron un proceso para obtener la custodia y Johnson de igual forma. Cuando el caso llegó a la Suprema Corte, los jueces dieron en su decisión un precedente vinculante, donde decidieron obviar la parte biológica y genética; para verlo desde esta teoría de intención en el que prevalece el deseo de las personas que desean ser padres para determinar la filiación legal. Justamente si se habla de cómo establecer la maternidad desde esta postura, se puede concebir que parejas que no puedan producir su propio material genético y tampoco pueden llevar el embarazo por sus propios medios, puedan solicitar la ayuda de una mujer

para que lleve el embarazo, pero también tener certeza que se reconocerá su paternidad a la hora del parto y que no perderán al hijo que estaban esperando.

Viteri (2019) indica que esta es una nueva teoría en la que se está estableciendo una nueva postura para establecer la identidad de una madre de intención (madre social como lo llama el autor), la cual no se relaciona con el feto por el embarazo, con esta nueva postura se busca reconocer la maternidad de una mujer que desde un inicio deseaba ser madre y que con todos los medios encontró y alquiló el vientre de una mujer para lograrlo, en pocas palabras luchó con todo lo que pudo para ser madre, en esta postura se defiende la voluntad de estas mujeres.

Teoría de la gestación por sustitución como un Contrato de Locación de Servicios.

Los casos de G.S. en su mayoría se plantean a partir de un contrato, los padres brindan una retribución económica por el servicio que les brinda la mujer que presta su útero, en este contrato se van a tocar parámetros con los que se regirá esta relación contractual y determinan hasta cierto límite el futuro del embrión.

Asimismo, Torres (2018) señala que esta figura nace a raíz del contrato, como está regulado en su país, pero además con la realización del contrato de subrogación de vientre se estaría dándole mayores bases a los padres de intención para poder obtener el parentesco, para que no sea nulo no se deberá dañar la autonomía de los intervinientes. Lo más importante en este contrato es romper el vínculo gestacional de las que brindan el servicio con el feto que llevan en el vientre, en los contratos se debe establecer expresamente que después del nacimiento se renuncia totalmente a sus derechos como madre.

En España ya está regulado la G.S. como un contrato, la cual se desarrolla a partir de este documento, mencionan una cláusula muy importante en la cual la mujer

que dona su óvulo o decide gestar el embrión por 9 meses, deberá al momento de dar a luz renunciar a sus derechos y obligaciones maternas, para poder así evitar conflictos futuros sobre el parentesco del niño.

De igual forma Arminta (2021) concluye que es necesaria la regulación de las TERAS mediante un C.L.S.s y además agrega en los argumentos de su trabajo que dicho contrato deberá manejarse dentro de un ámbito especial donde se debería integrar la explicación de la técnica de reproducción asistida que se esté utilizando, establecer el rol de cada una de las partes, los requisitos que debe cumplir una persona si quiere ser donante, la aceptación de la donante por un centro de salud especializado, los riesgos que se pueden correr en el proceso, la remuneración económica por el servicio, los parámetros legales de la técnica de reproducción asistida usada, la conformidad de las partes y el consentimiento del tratamiento y las donaciones.-

La autora indica que los contratos de locación de servicio son parte importante para la correcta regulación de las TERAS, pero además nos da un alcance de puntos que se deberán agregar como parte especial al C.L.S., el cual ayudara a que la relación jurídica se lleve de la mejor manera y brindando protección a las partes involucradas.

Para Hinostroza (2020) el ordenamiento jurídico está claramente atrasado, en especial por su falta de consideración en el tema. La G.S. debería ser incluida en el libro de contratos y además las partes intervinientes al realizar esta figura se estaría dando una declaración de voluntad de ambas partes, que ayudaría a determinar lo que piensan las partes al inicio de la relación contractual. Es por ello que el autor propone que el contrato a emplear es el de locación de servicios, puesto que es el

que más similitudes tiene con la figura de la G.S. y además protege a la parte débil del contrato.

Justamente aquí el autor es preciso en recomendar que el contrato que más ligado está con esta figura de la G.S. es el C.L.S., cómo se sabe cuándo las partes firman el documento, están demostrando la voluntad de realizar lo que está pactado en éste y no debería retractarse de lo estipulado aquí, porque no solo ponen en juego la vida del nonato que está en el útero sino también la estabilidad emocional de los padres que alquilaron el vientre.

Análisis de las categorías de la investigación

Gestación por sustitución (categoría 1).

Definición.

Rosero (2018) dice que la G.S. es una relación jurídica compleja que afecta la relación madre-hijo, los derechos de los niños, las familias y la autonomía de la voluntad; sin embargo, el tema carece de supervisión interna, por lo que es necesario aclarar los alcances de la agencia en varias legislaciones.

Mercado (2019) explica que la G.S. es un procedimiento en el cual se usa la fecundación in vitro para que una mujer con problemas de fertilidad pueda tener un hijo con la ayuda de otra mujer, la cual prestará su vientre para gestar el óvulo donado.

Parada (2019) entiende la G.S. como una técnica practicada para ayudar a las parejas que no pueden tener hijos con los métodos tradicionales y que con esta técnica logran tener la esperanza de poder formar una familia.

Características.

Sin finalidad lucrativa.

Falta de regulación nacional.

Libertad contractual

Técnica de reproducción asistida.

Divide el rol de madre gestante.

Elementos.

Filiación: Vínculo que existe entre los padres y su hijo.

Infertilidad: Incapacidad de poder llevar el embarazo de manera satisfactoria.

Esterilidad: Incapacidad de ovular.

Importancia.

La G.S. adquiere su importancia para aquellas personas que sufren problemas tanto de infertilidad como esterilidad, ya que tienen un método que les puede ayudar a formar una familia, aunque en Perú aún no está regulado.

Derecho a la reproducción (subcategoría 1).

Definición.

Ávalos (2013) indica que los derechos reproductivos son derechos fundamentales que tiene toda persona, sin importar su raza, sexo, edad u orientación sexual; por los cuales pueden decidir de manera informada la manera en la que llevaran a cabo su reproducción, pero todo realizado con respeto.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2008) explica que los derechos reproductivos no son estáticos sino que se encuentran ampliándose con el paso de los años por su gran dinámica, uno de los puntos fundamentales es la toma libre de decisiones sobre sus cuerpos, derecho que está ligado con el derecho a la vida, el derecho a la salud, el derecho a la libertad, seguridad e integridad personal, el derecho a decidir el número e intervalo de hijos, el derecho a la igualdad y a la no discriminación, el derecho al matrimonio y a fundar una familia, el derecho al empleo y la seguridad social, el derecho a la información adecuada y oportuna, el derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra las mujeres, etc.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2003) indica que estos son parte de los derechos humanos universales, pero además son parte integral para la protección de estos, al restringir estos derechos se está atacando de forma directa el goce de diversos derechos universales de todas las personas.

Características.

Libertad de elección sobre la cantidad de hijos

Decisión de ser padres

Retrasar el proceso de procreación

Elementos.

Familia: La creación de una familia por parte de los padres.

Maternidad: El gozo de una maternidad segura.

Educación sexual: Enseñanza libre sobre el bienestar sexual de la persona.

Importancia.

Los derechos reproductivos son de suma importancia para que las madres tengan un desarrollo físico y mental en cualquier aspecto que tenga relación con el proceso reproductivo.

Establecer la identidad de la madre de intención (subcategoría 2).

Definición.

Payalich (2019) dice que para establecer la identidad de una madre de intención no solo se debe centrar en si la persona que nace comparte una conexión genética con su gestante, también hay que tener en consideración el elemento voluntario, que si bien la norma no está considerado dicho elemento siempre hay que tener en consideración el interés superior del niño y la voluntad de los que solicitaron la G.S.

Méndez (2018) explica la importancia de tener clara una estructura familiar para que el ser humano pueda construir una identidad personal, con la ayuda de figuras parentales claras y teniendo un vínculo afectivo fuerte con ambos padres de intención, puesto que la pérdida de dicho vínculo puede acarrear consecuencias graves

Cárdenas (2015) señala que al establecer la identidad de la madre de quien fue procreado por técnicas de reproducción asistida se toma en cuenta la intención común del hombre y la mujer que declara este deseo, proponiendo así una dinámica de la relación padre-hijo.

Características.

Voluntad

Infertilidad y/o esterilidad

Deseo inicial

Elementos.

Volitivo: La elección, deseo, voluntad de la mujer de formar una familia.

Maternidad: Es una postura por la cual se puede establecer la maternidad.

Interés superior del niño: Al analizar quien quiso ser madre desde un inicio, y darle la maternidad el recién nacido estará protegido y cuidado por la persona que lo desea.

Importancia.

Este punto es importante porque se estaría protegiendo los derechos a la reproducción de las personas infértiles y/o estériles, pero también se protege el futuro del recién nacido para estar con las personas que quisieron procrearlo desde el comienzo.

Contrato de locación de servicios (categoría 2).

Definición.

Arteaga (2021) realiza un análisis de los artículos 1764 al 1770 del código Civil donde tiene recogidos la figura de contratos de locación de servicios, a lo que el autor infiere que este tipo de contrato es realizado por una persona independiente que brinda sus servicios a quien lo contrató, a diferencia del contrato de trabajo no está subordinado a su contratante, lo que si es que está obligado a la realización del servicio pactado y a causa de estos servicios recibirá una retribución económica o de otra índole, según se haya planteado en el contrato.

Carrasco (2020) dice que este contrato es de manera temporal, donde en el documento se determina el tiempo exacto que durará el servicio y se celebran entre dos partes (locador y comitente) para la realización de cierto servicio estipulado en el contrato y a su vez el comitente se obligara al pagarle al locador por la actividad realizada, son servicios prestados de forma personal pero también pueden ser hechos por terceros de forma autónoma y se termina la relación contractual con el pago íntegro de la deuda.

Sánchez (2005) explica que el C.L.S. es de materia civil y que esté es distinto al del trabajo porque no existen dos elementos fundamentales que son esenciales como son la dependencia y la ajenidad, además este contrato es exclusivamente oneroso, siendo en su mayoría el pago en dinero, aunque también puede haber otras maneras para pagar este servicio.

Características.

Tiempo determinado

No existe subordinación

Bilateral

Carácter personalísimo

Elementos.

Remuneración: Por los servicios prestados se le pagará una remuneración en el modo y forma pactado en el contrato.

Servicios no personales: Los servicios contratados no necesariamente deben ser realizados por el locador, a menos que haya sido contratado por sus talentos personales.

Independencia: No se encuentra bajo el control de su comitente.

Importancia.

Los contratos de servicios son un tipo de contrato civil, por lo que tiene una importancia similar, en ella se podrá plasmar los términos en los que se desarrollará el servicio y las acciones a tomar si una de las partes no cumple con sus obligaciones.

Libertad contractual (subcategoría 1).

Definición.

Soto y Vattier (2011) la libertad contractual es aquella por la cual las personas que han decidido hacer un contrato logran pactar los términos y cláusulas con las cuales se guíara la relación jurídica que se está creando, pero dicha libertad contractual debe estar delimitada, respetando a las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres de la sociedad en la que se realice el contrato.

Castrillón (2017) señala que la libertad contractual es la voluntad autónoma que expresan las partes, con dichas expresiones es que se da la construcción de las partes del contrato y por la cual los sujetos que son parte de dicha relación jurídica tienen la facultad de en ciertas circunstancias excluir totalmente las normas jurídicas o también de manera parcial, haciendo que los acuerdos adoptados en dicho contrato sean de carácter obligatorio para su cumplimiento.

Landa (2014) indica que la libertad contractual no solo abarca en temas patrimoniales, sino que también el acuerdo de ambas partes y genera un convenio entre ellos sobre cualquier asunto que sea lícito para el ordenamiento jurídico, así mismo indica que dicho derecho se encuentra asegurada por la constitución política del Perú.

Características.

Autonomía de la voluntad

Obligatoriedad de los acuerdos adoptados

Libertad limitada

Elementos.

Voluntad: Es la virtud que tienen los seres humanos de decidir de manera libre las acciones.

Convenio: Es el acuerdo que realizan dos o más personas sobre un mismo asunto.

Lícito: Es todo aquello que no se encuentra prohibido por la ley.

Importancia.

La libertad contractual es un principio fundamental que se les da a las personas privadas para acordar la manera y la forma en la que se regirán sus negocios jurídicos, por lo que es de vital importancia al momento de llevarse a cabo un contrato ya que permite que ambas partes lleguen a un consenso sin que se vulnere los derechos de ninguna de las partes y que puedan acordar términos que sean más favorables que los previstos en la ley, claro está todo enmarcado dentro de lo lícito.

Carácter personalísimo (subcategoría 2).

Definición.

Brantt y Mejías (2018) explica que el carácter intuitu personae es aquel que se preocupa de lleno por los contratos que se celebran teniendo en consideración las cualidades especiales que posee el locador, ya sean personales o profesionales, en el sentido la persona es el elemento esencial del contrato. El contrato se caracteriza por tener un carácter personalísimo, debe descartarse la posibilidad de que éste sea ejecutado por un tercero, y si así fuera, se enfrentaría al incumplimiento del proveedor.

Castillo (2021) indica que el carácter intuitu personae en el C.L.S. es aquel que tiene en consideración las características especiales o condiciones únicas del locador, quien a su vez puede ser ayudado por familiares directos o algún auxiliar, pero no puede ser sustituidos en su trabajo principal.

Características.

Cualidades especiales

Ejecución personal

Compromiso de cumplir

Elementos.

Irreemplazable: no se puede recurrir a un tercero para la realización de la prestación del servicio pactado.

Confianza: los comitentes tienen la seguridad en que la locadora pueda realizar la tarea encomendada por los comitentes.

Importancia.

La importancia del carácter personalísimo en un contratado de locación de servicio radica en compromiso propio, cuando el locador se compromete a cumplir de manera personal el acuerdo previamente establecido en el contrato.

Triangulación teórica o conceptual

La triangulación es un análisis de las teorías que se vinculan en forma específica con el problema de investigación, para de esta manera poder ver coincidencias y divergencias, y por último reformular la teoría vinculada al trabajo de investigación.

Desarrollo de la triangulación.

El problema del trabajo de investigación es la falta de una regulación de la gestación por sustitución visto como un contrato civil.

Proposiciones teóricas.

Tabla 3

Proposiciones teóricas

Proposiciones teóricas	
A. Teoría de la reproducción	Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2016). - Los derechos reproductivos son derechos fundamentales, puesto que las personas tienen la capacidad de poder dominar su propia fertilidad de la forma que mejor les convenga, para evitar cualquier tipo de discriminación. Los derechos reproductivos son de suma importancia ya que velan por la comodidad de los padres al determinar la cantidad y la forma de tener hijos y la calidad de vida que tendrán a futuro.
B. Teoría de la intención	Viteri (2019). - Esta es una nueva corriente doctrinaria para definir y establecer la maternidad del recién nacido, en esta postura se defiende a una madre social la cual no está ligada al componente del parto, ni a la parte genética, esta maternidad se establece a raíz de la mujer que emplea las acciones para el inicio de la concepción del feto, aún sin compartir la parte biológica o genética en este proceso. Sin el actuar de esta mujer no se hubiera dado inicio a este proceso para el nacimiento de un nuevo ser humano, por lo que también se debe tomar en cuenta el deseo que tiene esta mujer de ser madre aun cuando cuenta con impedimentos fisiológicos.
C. Teoría de la gestación por sustitución como un contrato de locación de servicios	Hinostroza (2020). - Con los avances científicos se ha mejorado muchas situaciones para beneficio de la humanidad,

entre ellas está la reproducción asistida, en el Perú hay un claro retraso sobre la regulación en esta materia, que además genera grandes costos sociales. La G.S. debe ser regulada lo más antes posible en sus dos modalidades homóloga (cuando ambos padres aportan su material genético) y heteróloga (cuando se usa material genético de un tercero), para regular tanto a los padres como a la vida que está por venir, pero además esta figura debe ser planteada como un C.L.S., pues esta práctica concibe todas las características únicas de este contrato, en el cual se establecerá el vínculo de la madre con el feto que está llevando una tercera persona.

Interpretación.

Tabla 4

Interpretación

Interpretación	
A. Teoría de la reproducción	El planteamiento de la teoría, se crea con la idea de proteger el derecho fundamental que tienen las personas de poder procrear de manera libre e independiente, planeando el cómo, cuándo y dónde quieren tener hijos con la finalidad de crear una familia. La cual tiene una estrecha relación con el tema de investigación puesto que justamente uno de los puntos que toca es la protección para con las TERAS, entre ellas la G.S., aludiendo que si unas personas tienen problemas para la concepción ya sea por infertilidad o esterilidad aun poseen el derecho a formar una familia, aunque no sea del método tradicional.
B. Teoría de la intención	Si se analiza esta teoría, se puede sacar el punto central del reconocimiento de la maternidad que se merecen las personas que utilizan la G.S., la cual nace de la idea en la cual la maternidad se deberá determinar por el deseo inicial de la mujer que con su propia voluntad y deseo trato de ser madre aun cuando tenía impedimentos biológicos y genéticos para hacerlo, es así que se hace un lado las otras dos teorías y se observa la intención de ser madre y de quien fue desde el principio pero además si se analiza más a fondo se puede apreciar que también se respetaría el mejor interés del niño, puesto que se dará la maternidad a quien quiso serlo y se preparó para ello y no a la que solo lo gesto o dono su óvulo por obtener una retribución económica, por lo que tiene una relación con el tema ya que define un concepto de filiación adecuado para las madres que usan TERAS.
C. Teoría de la gestación por sustitución como un contrato de locación de servicios	Cuando se plantea la G.S., se está ante el supuesto de que se deberá determinar los parámetros de esta relación jurídica, por la cual las partes desarrollan un contrato en la que la gestante establece que llevará el

embrión por 9 meses y renunciara a la maternidad para cederla a los padres de intención, pero para hacer esto ella recibirá una retribución económica, por lo que si se ve, este documento firmado cumple con las características del C.L.S., por el cual una persona presta un servicio por un tiempo determinado y recibirá un pago por este, el trabajo planteado busca interpretar esta figura en la cual se utiliza estos documentos como herramienta legal, por lo cual está ligada al tema de investigación.

Relaciones empíricas.

Tabla 5

Relaciones empíricas

Relaciones empíricas	
A. Teoría de la reproducción	La teoría apoya de manera directa los objetivos del trabajo ya que al garantizar que las mujeres tengan una libertad de decisión en cuanto a su autonomía para formar una familia con el método de su preferencia, ya sea de un método tradicional o algún nuevo avance científico; como lo puede ser la G.S., al estar el procedimiento fuera del ordenamiento jurídico nacional se quiere promover a través de contratos como un método para regularizarlo.
B. Teoría de la intención	Con respecto a esta teoría se está en el supuesto que apoya totalmente a las madres que utilizan la G.S., en esta figura no se valora la genética ni la biología del proceso solo la intención fehaciente de la mujer de ser madre, esto está ligado enteramente con los objetivos de investigación, puesto que se busca interpretar la G.S. como un C.L.S. y para ello también se debe valorar la intención de la madre que se apreciara en el contrato de la G.S.
C. Teoría de la gestación por sustitución como un contrato de locación de servicios	El trabajo interpreta directamente la G.S. como un contrato civil, esta teoría específicamente plantea la G.S. como un C.L.S., por lo cual reúne las mayores características con esta figura.

Contrastación de proposiciones e interpretaciones.

Tabla 6

Contrastación de proposiciones e interpretaciones

Contrastación de proposiciones e interpretaciones	
A. Teoría de la reproducción	La teoría reproductiva tiene una conexión directa con la teoría de intención puesto que toda persona tiene el libre albedrío en cuanto al método reproductivo que desee usar para procrear un hijo incluyendo la G.S., en consecuencia, de debe utilizar un método que ayude a su regulación por lo que se propone un C.L.S., en el cual se especifique los derechos y obligaciones de ambas partes
B. Teoría de la intención	La teoría de la intención está directamente ligada con la teoría de la reproducción, por la cual prevalece el derecho de la mujer de formar una familia con sus propios medios, aun estando impedida de forma biológica y genética y ya que esta figura debe establecerse en un documento se llevará a cabo en un contrato civil, específicamente como se está planteando un C.L.S.
C. Teoría de la gestación por sustitución como un contrato de locación de servicios	La teoría de la G.S. como un C.L.S., es la forma en la que nacerá la figura de la G.S., esta es la mejor forma de interpretar la figura planteada y de regularse de esta forma se daría una herramienta probatoria para la intención de la mujer de ser madre preservando su derecho a la reproducción.

Selección de las mejores proposiciones.

Tabla 7

Selección de las mejores proposiciones

Selección de las mejores proposiciones	
A. Teoría de la intención	Si se analiza esta proposición se puede decir que está estrechamente ligada a el trabajo puesto que esta defiende directamente a las madres que emplean la G.S., en esta figura se hace a un lado la genética y la biología y defiende la intención, por lo que está directamente ligado a el trabajo de investigación.
B. Teoría de la gestación por sustitución como un contrato de locación de servicios	La proposición planteada está directamente ligada a el título de investigación que busca interpretar la G.S. como contrato civil en el ordenamiento jurídico, esta teoría plantea que el C.L.S. es el contrato civil más adecuado para esta figura y según la interpretación hasta el momento se está de acuerdo con ello.

Reformular las teorías.

En todo caso se puede decir que establecer una regulación de la G.S. como un C.L.S. convergerá en una solución para las mujeres infértiles o estériles que emplean la reproducción asistida, así como evitar vulnerar los derechos de estas mujeres de la reproducción y de formar una familia con los métodos científicos y tecnológicos actuales.

Base jurídica, doctrina y jurisprudencia

Nacionales.

Código civil libro VII: fuentes de las obligaciones - contratos en general.

Como indica en el código civil peruano los contratos son acuerdos permiten establecer una relación entre dos o más partes con la finalidad de realizar un objeto en común siempre teniendo en consideración el consentimiento de las partes bajo sanción de nulidad del acto jurídico. Según el autor Muro (2016) para que se realice la celebración del contrato las voluntades de las partes involucradas deben tener concordancia entre sí para que la figura del contrato tenga voluntad de partes. Se presume que la buena fe se considera una norma ética para el comercio de los tratos legales.

En cuanto a la libertad contractual se ha establecido en el Código Civil (1984) el cual estipula que esta comprende la capacidad expresiva reconocida por el ordenamiento jurídico para autorregular sus relaciones jurídicas y económicas con los demás. De esta forma, la ley otorga a los individuos la potestad de crear normas que rijan sus relaciones económicas, sus negocios y las personas con quienes se relacionarán. La libertad de contratar, por tanto, es la posibilidad de que los particulares determinen libremente sus bienes, con la misma libertad de determinar el contenido de sus contratos, sin mayor peligro de injerencia estatal.

Código civil libro VII: fuentes de las obligaciones - Contrato de locación de servicios.

Sanguinetti (2000) explica que el C.L.S. se encuentra definido en el artículo 1764 del código civil peruano como un contrato de arrendamiento de servicios el cual tiene un claro contraste con el contrato de trabajo por el hecho de que el contrato del que hace referencia este artículo únicamente la persona, conocida como arrendador, no necesita tener registrado este documento en ninguna entidad pública, entre otras diferencias.

Por otro lado, Ruiz (2016) explica que un C.L.S. es parecido a un contrato de trabajo indefinido no limita legalmente la posibilidad de que un trabajador renuncie una vez que sea reintegrado, por lo que la posibilidad de desnaturalización de un contrato de arrendamiento de servicios en un contrato de trabajo a término fijo sería inútil para un contrato civil. Si el contrato de trabajo a plazo fijo se oculta mediante el método, y el trabajador es arbitrariamente despedido antes del vencimiento del plazo, la objeción anterior no procede debido a las distintas consecuencias indemnizatorias.

La legislación nacional referente al C.L.S. se encuentra desde al artículo 1764 hasta el 1770 del Código Civil. En este apartado se encuentra estipulado que el contrato de locación es aquel que regula aquellas prestaciones de servicio caracterizados por la autonomía del prestador del trabajo frente a la voluntad del acreedor, y al no existir elemento de subordinación, no constituyen un verdadero contrato de trabajo, por lo que no son objeto de protección especial. Teniendo como objeto la prestación de servicios que involucren estados de cosas cambiantes en el mundo físico, independientemente del resultado entre ellos, ya que esto es propio de un contrato de trabajo. En cuanto al plazo máximo que se puede especificar en el contrato, al ser de seis años para servicios profesionales y tres años para otros

servicios; si se acuerda un plazo mayor, el límite máximo indicado sólo podrá ser especificado por el locador.

Por lo tanto, el uso del contrato de prestación de servicios es un mecanismo mediante el cual los contratantes alquilan el vientre de una mujer, en el cual se establecen sus derechos como madre y que otorga estos mismos derechos a sus contratantes ya que no se tendrá un papel activo en la vida del nacido. Es decir que a pesar de la existencia de un vínculo biológico entre la mujer que presta el vientre y el niño por nacer, desde la entrega del niño a los padres de intención serán quienes críen al niño y la gestante no podrá involucrarse.

Carácter personalísimo o intuitu personae del contrato.

Castillo (2017) hace referencia al carácter intuitu personae al momento del cumplimiento de una obligación de hacer o no hacer puesto que para las partes son fundamentales para la celebración del contrato. Esto puede ocurrir en diversos tipos de contratos, como los contratos de prestación de servicios profesionales, los contratos de sociedad, los contratos de trabajo, los contratos de arrendamiento de bienes inmuebles, entre otros.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 1766 del código civil peruano, hace referencia al carácter personalísimo del C.L.S., y establece que el locador tiene la obligación de realizar personalmente el servicio, pero tiene la posibilidad de utilizar a colaboradores y sustitutos bajo su dirección y responsabilidad, siempre y cuando el contrato lo permita y esto no sea incompatible con la naturaleza del servicio que se debe prestar, a no ser que se establezca lo contrario. Es importante destacar que la locación de servicios se caracteriza por la prestación personal del servicio por parte del arrendador, ya que ha sido elegido específicamente para llevar a cabo dicha acción, por lo que se reconoce la importancia de la relación personal entre las partes

en la celebración de un contrato y protege esta relación al establecer que los derechos y obligaciones establecidos en el contrato no pueden ser cedidos a terceros sin el consentimiento expreso de la otra parte.

En el código civil de Perú también incluye otros artículos que tratan sobre el carácter personalísimo derecho de celebrar un contrato basándose en una relación personal y de confianza mutua, por lo que, si una de las partes incumple sus obligaciones, la otra parte puede disolver el contrato, algunos artículos serían:

Artículo 1325: Establece que, en los contratos, la obligación del contratante no puede ser cumplida por un tercero sin el consentimiento de la otra parte. Esto se debe a que la persona del contratante es esencial para la existencia del contrato teniendo esto un carácter personalísimo al momento de realizar la obligación.

Artículo 1352: Señala que, en los contratos el consentimiento de las partes se otorga en consideración a la persona específica del contratante. Esto significa que, si la persona cambia, el contrato queda sin efecto, salvo que se haya previsto lo contrario en el contrato mismo por lo que hay ciertos contratos que requieren de una capacidad especial, como es el caso de los contratos *intuitu personae*.

Artículo 1763: Señala que el locatario tiene derecho a supervisar la ejecución del servicio objeto del contrato, salvo que se haya pactado lo contrario. En este sentido, el carácter *intuitu personae* del C.L.S. implica que el locatario puede supervisar la ejecución del servicio para asegurarse de que el locador lo esté prestando de manera personal y profesional.

Artículo 1763: Este artículo establece que el contrato se extingue por la muerte del o incapacidad del prestador, salvo que se haya pactado lo contrario. En este sentido, el carácter *intuitu personae* del contrato implica que el fallecimiento del

prestador se extingue automáticamente el contrato, ya que es su persona y habilidades las que son objeto del contrato.

Por lo tanto, aunque el Código Civil peruano no hace referencia explícita al carácter *intuitu personae* del C.L.S., se pueden encontrar algunas disposiciones que implican este principio como la responsabilidad del locador en la ejecución del servicio y la imposibilidad de ceder el contrato sin el consentimiento del locatario. El principio de carácter personalísimo en un contrato asegura que las obligaciones establecidas en el contrato son únicas para las partes involucradas y no pueden ser cumplidas por terceros. Las obligaciones que se establecen en el contrato son únicas para las partes involucradas, es decir, no pueden ser cumplidas por terceros. Esto significa que, si una de las partes incumple sus obligaciones en el contrato, la otra parte no puede simplemente contratar a otra persona para que las cumpla en su lugar. En cambio, la otra parte tiene derecho a exigir específicamente el cumplimiento de las obligaciones por parte de la parte que se comprometió a realizarlas en primer lugar.

Sentencia T-209-06 de Colombia.

La corte constitucional de Colombia establece que la finalidad del proceso de contratación es seleccionar la oferta más conveniente y ventajosa, por lo tanto, teniendo en consideración las características del contratista celebrar un contrato que se debe cumplir. En el caso de los contratos administrativos, se consideran *intuitu personae* porque la Administración tiene la responsabilidad de buscar al contratista más adecuado y competente para llevar a cabo el objeto del contrato. Sin embargo, en el caso específico de la Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, se aplicó la ley de manera estricta no para lograr los objetivos del proceso de contratación, sino para obtener una ventaja sancionadora adjudicando un contrato que sabían que era

imposible de cumplir. Esto significa que se ignoró la verdadera finalidad del proceso de contratación y se buscó obtener un beneficio diferente al que estaba previsto.

Por lo que, en el ámbito de los contratos administrativos, el carácter de "intuitu personae" se refiere a aquellos contratos en los que la identidad y personalidad del contratista son determinantes para la ejecución del contrato. En estos casos, la Administración Pública elige a un contratista en particular, no solo por su capacidad técnica y económica para realizar la obra o prestar el servicio, sino también por su identidad y personalidad específica, lo que hace que el cumplimiento del contrato dependa directamente de la presencia y actuación de esa persona o entidad.

Sentencia núm. 3700/2020 de España.

El recurso de suplicación interpuesto por federación española de baloncestos explica que el árbitro que había contratado la federación de baloncestos estaba delegando sus funciones a terceros sin haber consultado con el contratante. La recurrente admite el carácter personalísimo de la prestación, pero argumenta que los contratos permitían la subcontratación. Sin embargo, reconoce que la subcontratación requería autorización por parte de la empresa. A pesar de esto, la recurrente afirma que el carácter personalísimo no es exclusivo de los contratos laborales y que la subcontratación va en contra de la laboralidad. La respuesta es que el carácter personalísimo de la prestación y la necesidad de autorización de la empresa para la subcontratación son elementos que favorecen la laboralidad de la relación, incluso si se incluyen en algunos contratos mercantiles.

La jurisprudencia ha establecido que el carácter personalísimo de los contratos es una característica inherente a ciertos tipos de contratos, como los contratos administrativos, los contratos laborales y los contratos de locación de servicios. En estos casos, la persona que presta el servicio es esencial para la ejecución del

contrato, por lo que su sustitución por otra persona sin el consentimiento de la otra parte es ilegal.

Libertad contractual.

La libertad contractual o autonomía de la voluntad como también lo llaman es un principio que se encuentra contemplado en nuestra constitución política del Perú en el numeral 14 del artículo 2, en la cual prescribe que solo se podrá contratar cuando dicha contratación siga fines lícitos y no vaya en contra de las leyes peruanas, por lo que se puede decir que la libertad de contratar y contractual están ligadas y protegidas por el ordenamiento jurídico peruano, además que de dicho artículo se puede inferir que este derecho fundamental está subordinado a que tanto el objeto y el fin del contrato este dentro de los parámetros legales que estuvieran vigentes al momento de la celebración del contrato, dejando claro que la libertad de contratar y contractual tiene límites legales que deben respetar las partes al momento de celebrar un contrato.

Asimismo, en el artículo 62 de la constitución política del Perú señala que la libertad de contratar protege que los contratos pactados en el marco de la ley sean válidos y que mientras se cumpla dicha disposición no sufrirán ninguna modificación por leyes u disposiciones que salgan, de igual forma con indica que de existir controversia en dicha relación jurídica se seguirá la solución que se plantee en el contrato ya sea por la vía judicial u arbitral, pero no existir algún planteamiento sobre este punto se seguirá lo prescrito en nuestras normas.

Es en ese sentido que se puede indicar que el Estado peruano protege y vela la integridad de cada contrato celebrado que cumpla con las normas vigentes al momento de la celebración del documento y no habrá ley que pueda modificarlo de ser el caso.

Ahora bien, la libertad contractual también se encuentra contemplada en el artículo 1354 del código civil peruano en el prescribe que ambas partes pueden determinar de manera independiente las reglas, derechos y obligaciones del contrato mientras no vaya en contra de las leyes superiores, por lo que se puede decir que las leyes permiten que cualquier persona que quiera celebrar un contrato puede crear un documento que beneficie de mejor manera la relación jurídica que se quiere llevar a cabo aunque se limita en el punto en que si es un requisito indispensable para ciertos contratos el cumplir con ciertas reglas, estas no pueden ser ignoradas porque si no el contrato no sería legal.

El jurista Torres (2021) en su libro señala que la libertad contractual es una capacidad que tienen las persona de armarse con su propia ley particular, pero esto siempre dentro de lo permitido por la ley, en ese camino el jurista señala una diferencia la libertad de contratar se enmarca en el punto que toda persona es independiente de decidir si realiza o no un contrato, pero de hacerlo tiene también la independencia de celebrar un contrato con la persona que el desee hacerlo, mientras que la libertad contractual se enfoca en que las personas que realizan el contrato tienen la libertad de decidir las cosas que se escriban en dicho documento, pero ambos derechos deben ser siempre respetando las normas vigentes, en ese sentido señala que la autonomía de la voluntad privada es un punto fundamental en la contratación enfocada en la licitud de la misma, a causa de este principio se crean normas legales de carácter privado que solo causaran efectos entre las partes y que dichas reglas coexistirán con las creadas por el Estado y señala que este principio es uno de los más importantes para los contratos que se realizan en la actualidad por que ayudan al libre comercio.

Es en ese sentido se interpreta que los puntos fundamentales indicados por el jurista son: que libertad de contratar y contractual son distintos, más gracias este principio se llegan a formar relaciones jurídicas que representan las voluntades de las partes y que las mismas tienen el derecho de decidir con quién contratar y de dialogar sobre lo que se pondrá en el contrato, ahora bien igualmente se quiere señalar que aunque ambos principios tienen una distinción están íntimamente ligados por que al momento de decidir contratar y la persona con la que se realizara, se pasa al siguiente derecho pero además ambos están consagrados en la constitución política del Perú y en el código civil peruano.

Por consiguiente, este derecho se enmarca con la investigación puesto que los comitentes y la locadora tienen todo el derecho de decidir si desean o no contratar, pero también la forma con la que se llevara dicha relación, en pocas palabras el decidir qué derechos y obligaciones les toca a cada uno al momento de realizar el contrato y esto está íntimamente ligado al respeto de los demás derechos que se tiene por ser una persona y es por ello que se debe respetar el derecho que tienen las personas de realizar estos contratos de la G.S. puesto que en la actualidad no existe una norma o ley que impida lo contrario y como se sabe lo que no está prohibido se le puede entender como permitido, por ello las parejas deben tener el derecho de acercarse y proponer la oferta de dicho servicio y la gestante debería tener el derecho de decidir libremente si desea realizarlo y de hacerlo que ambas partes lleguen a un acuerdo donde plasmaran sus voluntades en un documento, documento que debería ser una garantía de su fiel cumplimiento y que el Estado debe proteger para que suceda, respetando no solo la autonomía de voluntad de las partes, sino los demás derechos fundamentales que se consagran en dicho apartado.

Corte superior de justicia de Lima. Quinto juzgado especializado constitucional. Sentencia recaída en el expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.

El presente proceso de amparo se dio por iniciado por los cónyuges Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau; la sociedad conyugal conformada por Fausto César Lázaro Salecio y Evelyn Betzabé Rojas Urco y los menores de iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R., representados por David Nieves y Betzabé Rojas contra RENIEC. Los demandantes pretenden proteger los derechos de identidad de los menores L.N.N.R. y C.D.N.R. 1) Se deroga la resolución de registro 29 9-2016-OSBORJ-JR10LIMGOR/RENIEC de 29 de febrero de 2016, la resolución de registro 29299-2016-OSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC del 29 de febrero de 2016, los cuales anuncio que no se aceptarán correcciones a actas de nacimiento de menores. 2) Declarar oficialmente en sus respectivas partidas de nacimiento que el señor Francisco David Nieves Reyes es el padre del menor y hacer los reconocimientos respectivos. 3) Declarar formalmente a la señora Nancy Ballesteros como madre del menor en sus respectivas actas de nacimiento, y rectificar en consecuencia.

En el 2005 la pareja Ballesteros-Nieves contrae matrimonio en la vía civil y decidieron intentar ser padres sin tener éxito en su propósito, es por ello que a partir del 2006 al 2009, acuden a clínicas de fertilidad para buscar ayuda médica en el proceso de embarazo, a lo que los diferentes doctores determinaron que se deberá optar por TERAS, puesto que los óvulos de la señora Ballesteros no lograban llegar a la maduración necesaria para producirse el embarazo, pero el uso de este método tampoco funciono por lo que en el 2010 la pareja Ballesteros-Nieves recurren a pedir

un ovulo donado para la implantación en el útero de la demandante método que tampoco funciono terminando en un aborto.

En el 2011 empezaron con nuevos análisis, los cuales a inicios del 2012 determinaron que el método que les quedaba era el de la G.S., es aquí donde la pareja de casados de Rojas-Lázaro decide apoyar a la pareja de Ballesteros-Nieves para poder concebir el bebé por ellos, en este proceso se utilizó el óvulo donado de otra persona el cual fue fecundado por el espermatozoide del señor Nieves y además decidieron suscribir un acuerdo privado de útero subrogado.

La señora Rojas queda embarazada y en el 2015 da a luz a dos recién nacidos con iniciales L.N.N.R y C.D.N.R., la señora Rojas en repetidas ocasiones le dijo al doctor que ella no es la madre que solo estaba cumpliendo su papel de útero subrogado, cosa que fue ignorado por el doctor quien en el Certificado de Nacido Vivo inscribe a la señora Rojas como la madre y como padre al señor Nieves.

La RENIEC registro las Actas de Nacimiento 79400620 y 79400640, actas que fueron impugnadas por los interesados, a lo que la RENIEC (Registro Nacional de Identificación y Estado Civil) expidió las Resoluciones Registrales 299- 2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ- JR10LIM-GOR/RENIEC

Es a razón de lo anterior mencionado que las parejas Ballesteros-Nieves y Rojas-Lázaro presentan una demanda de amparo tanto a favor propio como de los menores que tienen iniciales L.N.N.R. y C.D.N.R. los cuales son representados por la señora Rojas y el señor Nieves, la cual la dirigen en contra de la RENIEC, puesto que consideran que esta institución pública vulnera el derecho a la identidad y al interés superior del niño de los menores, pero también afectaron los derechos con respecto a las parejas sobre el libre desarrollo de la personalidad, a la vida privada y familiar, y por último a sus derechos sexuales y reproductivos.

Ante esta demanda la RENIEC presenta dos excepciones, la primera una excepción por falta de representación, alegan que tres de los demandantes no tienen facultad para representar a los menores, argumentado primero que la señora Ballesteros carece de representación para los menores, puesto que no tiene ni representación legal ni la potestad sobre ellos, segundo que el señor Lázaro aunque tiene la presunción de paternidad por ser el esposo de la gestante, aun así carece de representación en razón de que aún no ha reconocido la paternidad de los menores, tercero y último con respecto al señor Nieves, quien es el que ha sido señalado como el padre biológico, según sus argumentos este tampoco tiene la facultad de representar a los menores puesto que no ha realizado el reconocimiento de paternidad ni ha demandado la paternidad biológica; la segunda excepción por falta de agotamiento de la vía previa, puesto que la RENIEC sostiene que no se interpusieron los recursos administrativos antes de presentar la demanda de amparo por lo cual no debería seguir este proceso, lo que los demandantes respondieron de que no es necesaria el uso de una vía previa si se está tratando con derecho que necesita una tutela urgente, como es el derecho a la identidad de los menores y el interés superior del niño, pero además alegan que no existe vía administrativa para estos casos, por lo cual aun si quisieran agotarlo es imposible porque no existe.

Por lo cual el juzgado procede a realizar un análisis referente a las excepciones deducidas y el caso en cuestión, empezando con la excepción de falta de representación para lo cual se establecen en el inciso 3 del artículo 446° del CPC, que el Juez controla la potestad o capacidad de los representantes en razón a las personas que quieren defender y de no cumplir con la capacidad en el inciso 2 del artículo 451° establece que se les dará un plazo para su subsanación, de no hacerlo se declara nulo. El juzgado estuvo de acuerdo con la RENIEC con respecto a que las

partes alegadas en los párrafos anteriores no cuentan con representación legal, opinión que está sustentada en el artículo 361° y 388° del CC, 419° e inciso 6 del artículo 423° CPC; aun así reconocen que el problema de la representación legal es causado por culpa de la RENIEC, puesto que si los padres biológicos ni los padres según el contrato de subrogación han podido atribuirse la representación de los menores, el Estado estaría dejando sin una tutela a los menores solo por haber nacido con el uso de TERAS, lo que le queda claro al Juzgado es que se está ante un agravio y no ante una situación por la cual se deba interponer dicha excepción; también el Juzgado aclara que aunque los tres demandados mencionados no tiene representación legal, la señora Rojas, quien los dio a luz si cuenta con la capacidad para realizarla y puesto que los adultos también están actuando a título personal en este proceso el Juzgado desestima la presente excepción.

Con respeto a la excepción de falta de agotamiento de la vía previa, el Juzgado indica la defensa de los derechos fundamentales no necesariamente debe ser llevado en un proceso constitucional, por ello para acudir a dicha instancia se debe haber agotado la vía administrativa, esto en razón de que la Administración Pública ocasión de remediar los errores que pudo cometer en dicha oportunidad, lo cual se estipula en el artículo 45° código procesal constitucional, aun así existen excepciones previstas en la ley por las cuales se puede obviar esta situación, de las cuales 2 de ellas son las que se aplican en este caso, situaciones contempladas en el inciso 2 y 3 del artículo 46° del código procesal constitucional, la primera razón es que el tiempo para agotar la vía administrativa termine agravando al derecho fundamental de forma irreparable y la segunda razón es por la inexistencia de una vía administrativa. Es por ello que este juzgado admite que la pareja Ballesteros-Nieves al tener bajo su cuidado a los niños y no contar con una filiación legal no pueden transitar con tranquilidad de

forma libre con los menores ni poder viajar, por lo cual podrían terminar enfrentando cargos penales, en el caso de la pareja Rojas-Lázaro, en especial la señora Rojas debe dejar sus obligaciones para los controles médicos de los menores, Lázaro tiene el problema que el registra 2 hijos fuera del matrimonio y además la pareja al no tener bajo su cuidado a los menores también puede ser sujeto de cargos penales, lo que acarrea la afectación de los derechos a la libre personalidad, la vida privada, también familiar y además los derechos sexuales y reproductivos, en el caso de los menores se está vulnerando su derecho a la identidad y el interés superior del niño, si se agotara la vía administrativa, si es que existiera, se vulneraría estos derechos, en ese sentido el Juzgado también admite que la regulación sobre el tema de las TERAS es ambiguo o inexistente, por lo cual no existe esa vía administrativa, es por esa razón que esta excepción también es desestimada.

En relación a la factibilidad de tramitar la pretensión de la actora vía amparo, según el análisis del juez se ha cometido un agravio contra el derecho al nombre de los menores y es una materia que tiene relevancia en el ámbito constitucional y que puede ser atendida por vía de amparo, lo cual sustenta el Juez en el inciso q del artículo 2 y 4 de la constitución política del Perú y el numeral 25 del artículo 37 del código procesal constitucional.

En razón al análisis constitucional del caso, se aprecia en la demanda que se ha vulnerado los derechos fundamentales sobre la identidad de los menores, el principio de interés superior del niño, el derecho al libre desarrollo de la personalidad, así como la vida íntima y familiar y también los derechos sexuales y reproductivos; es por ello que, el Juzgador aprecia que estas cuestiones jurídicas que se han imprimado en las Resoluciones y que han sido impugnadas son las que supuestamente habrían violado estos derechos.

Sobre los derechos fundamentales a la salud reproductiva, el Juzgador hace una apreciación que el Estado reconoce que todos tiene derecho a la protección de la salud lo cual esta pasmado en el artículo 7° de la Constitución, pero según la ONU, los alcances de la salud también llegan a la atención en los temas de salud sexual y reproductiva, y que además este derecho es interdependiente e indivisible en razón a los otros derechos humanos y derechos civiles y políticos, como son el derecho a la vida, a su libertad, a la vida familiar y la no discriminación e igualdad; por lo que el Juzgador encuentra que el derecho a la salud reproductiva, a la intimidad o vida privada, así como los derechos de los menores y la tutela del interés superior del niño están íntimamente ligados.

Es por ello que el juzgador recalca que en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el derecho a la vida privada es muy importante para poder garantizar la autonomía personal y con su calidad de vida, así como la autonomía reproductiva y al uso de servicios de salud reproductiva, lo que abarca el uso de tecnología médica; y además la Convención Americana reconoce que toda persona tiene el derecho a utilizar los avances científicos para poder ejercer su autonomía reproductiva y así formar una familia. Por lo que amparándose en este punto siendo este un sistema de convenciones con el Perú, si una persona acude a estas TERAS y con ello se logra un resultado favorable sería contraproducente que el mismo Estado desconozca o vulnere su condición de madre e hijos, aun si en el Perú no existe normativa, si se puede encontrar en la normativa convencional, es por ello que el Estado peruano no tiene razones para desconocer esta situación, en especial si no existe alguna normativa que prohíba la técnica utilizado por los demandantes.

Con respecto a la regulación de las TERAS en el ordenamiento jurídico peruano, el juzgador en este punto menciona que en el artículo 7° de la ley general

de salud se podría entender como un tipo de prohibición por parte del Estado peruano, más la correcta interpretación de este artículo es que en realidad solo limita la utilización de TERAS en un único caso, el cual se configura cuando la madre gestante es de igual forma la madre biológica, más los otros escenarios no estarían prohibidos, por lo que el juzgador explica que lo que no está prohibido por la ley se puede entender que está permitido por la misma; partiendo de este punto, al encontrarnos en un supuesto que no está regulado ni tampoco prohibido se está ante una situación que es totalmente válida.

Sobre el derecho a fundar una familia como manifestación del derecho al libre desarrollo de la personalidad, el juzgador vuelve a afirmar que las TERAS al no encontrarse prohibidas, lo que se puede entender como una situación permitida y por tanto los contratos celebrados sobre este ámbito son completamente válidos, más cuando ha sido reconocido por convenios internacionales; es por ello que el juzgador ve que las TERAS están ligadas al derecho de toda persona de formar una familia, por lo que solo deberán ser usadas cuando se tenga este punto como objetivo, justamente el derecho a formar una familia está protegido y garantizado por el Estado peruano y en distintos pactos internacionales, es por ello que la pareja Ballesteros-Nieves en todo su derecho de conformar una familia hicieron uso de estos métodos científicos y legales, en ese sentido la RENIEC no debe obstruir la manera en la que se constituyó dicha familia sino más bien ayudar en la conformación de la misma, siendo esta una manifestación de los derechos sexuales y reproductivos de la pareja, así como el derecho a la vida privada, los cuales están íntimamente ligados al derecho del libre desarrollo de la personalidad de los demandantes, por ello el Juzgador considera que la RENIEC está atentando contra todos estos derechos al no inscribir

a los menores como hijos de la pareja Ballesteros-Nieves frustrando la formación de la familia.

Y por último sobre el interés superior del niño se debe tener en cuenta la señora Ballesteros tuvo desde un comienzo el deseo de formar una familia a diferencia de la madre biológica quien desde el principio tuvo la intención de entregarlos a la señora Ballesteros, los cuales están desde su nacimiento bajo el cuidado de la pareja Ballesteros-Nieves ejerciendo todas las obligaciones de una madre, lo cual el Juzgado tendrá en cuenta pues se debe velar por el interés superior del niño, también se debe tutelar de forma inmediata el derecho a la identidad de los menores, por lo que viendo todos los derechos ya reconocidos en los párrafos anteriores se solicita a la RENIEC reponer las cosas al estado anterior del agravio.

Por las razones expuestas, con el amparo del artículo 200º inciso 2º de la constitución política del Perú y 1º del código procesal constitucional el juzgado decide declarar fundada la demanda interpuesta por los cónyuges Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau a favor de los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R. por lo que se declaró nula las resoluciones registrales: 299-2016-ORSBORJJR10LIM-GOR/RENIEC y 300-2016-ORSBORJ-JR10LIM-GOR-RENIENC como las actas de nacimiento de ambos menores y se ordena a la RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento para los menores de iniciales L. N. N.R. y C. D. N. R especificando los apellidos de los señores Francisco David Nieves Reyes y Aurora Nancy Ballesteros Verau registrándose de esa manera como los padres legales.

Corte suprema de justicia de la república. Sala civil permanente.

Sentencia casación 563-2011 Lima.

El proceso dio su inicio con la demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, la cual fue presentada por Dina Felicitas Palomino

Quicaño y Giovanni Sansone, la niña de la cual solicitan su adopción, es hija del sobrino de la co-demandante, con nombre Paúl Frank Palomino Cordero, el cual es hijo del hermano de Dina Felicitas Palomino Quicaño, llamado José Palomino Quicaño, así mismo los demandantes tienen en su poder a la niña después de unos días de nacida de manera provisional.

Los demandados contestan la demanda allanándose a todo lo plasmado en la demanda presentada y en consecuencia el juez declara fundada la demanda amparando su decisión en el acta de nacimiento en la cual se reconoce la filiación como padres biológicos a Isabel Zenaida Castro Muñoz y Paúl Frank Palomino Cordero, también con la prueba de ADN en la cual se reconoce que Paúl Frank Palomino Cordero no es el padre biológico sino el demandante Giovanni Sansone y cabe aclarar que el acta mantiene su eficacia jurídica puesto que no hay sentencia firme que declare la nulidad sobre la misma, además la co-demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz decide no continuar el proceso de adopción, más al subsanar de forma defectuosa el juez la dio por no presentada y además no fue impugnada dentro del plazo legal, razón por la que el juez tuvo que evaluar el principio de Interés Superior del niño y el respeto por los derechos de la menor y; al estar en oposición los derechos de la madre de dar su aceptación en la adopción de su hija y de la menor de tener una familia, el juez considero el derecho de la menor es superior y que debería quedarse con los pre adoptantes y demandantes del proceso quienes le brindaron desde un inicio una familia con buena salud física y moral que se acreditó durante el juicio.

Cuando el caso fue elevado a una Sala Superior, esta confirmó la sentencia anterior sustentándose en que los demandados son los que figuran de forma legal como progenitores de la menor sujeto de la adopción y que los mismos entregaron a

los días de nacida a los demandantes, con lo que demuestran que han renunciado y se han desentendido de sus responsabilidades como sus padres, en los informes sociales y psicológicos realizados a la menor que la niña se encuentra identificada con la familia que tiene con los pre adoptantes puesto que vive con ellos casi toda su vida, que con la prueba de ADN, Giovanni Sansone tiene doble calidad como pre adoptante y padre biológico, y como por este proceso o por uno posterior será igual reconocido como padre no hay razón para no reconocerla por este medio, así mismo se demostró que la madre biológica y su conviviente procrearon a la niña aceptando que fuera inseminada artificialmente por alguien que no era su pareja y todo con la intención de mejorar su posición para viajar a Italia con su familia, con lo que se acredita que la co-demandada no tenía la intención de procrear a la menor para criarla como suya, sino con fines distintos a la maternidad o paternidad y que lo demandantes o pre adoptantes han brindado a la menor cuidado, atención y amor en contra prestación a la patria potestad de los demandados que desde su concepción y posterior nacimiento actuaron desmeritando su condición humana.

La co-demandada interpone recurso de casación alegando la infracción normativa sustantiva del artículo 115° y 128 inciso b) del Código de los Niños y Adolescentes, y del artículo 378 inciso 1 y 5 y del artículo 381 del Código Civil. La Corte Suprema sujetándose a las leyes de la constitución política del Perú, del código de niños y adolescentes, así como la Declaración de los Derechos del Niño y en la convención sobre los derechos se ha plasmado que los niños y adolescentes tienen el derecho a la protección por parte del Estado, sociedad y la familia. En ese sentido y respaldándose en el interés superior del niño y adolescentes se puede aseverar que Isabel Zenaida Castro Muñoz y Giovanni Sansone se somete a un proceso de fecundación asistida con el cual procrearon a Vittoria Palomino Castro para luego ser

dada a los demandantes, que en el acta constan los demandados como padres y declarantes a Paúl Frank Palomino Cordero e Isabel Zenaida Castro Muñoz, además días más adelante fue entregada a los demandantes como se acredita en el acta de entrega hasta el momento de la casación de manera ininterrumpida. Luego de entregar a la recién nacida, los demandados estuvieron en desacuerdo con el acuerdo de adopción por lo que no se cumple con un requisito para el proceso de adopción, el co-demandante Giovanni Sansone se acredita con la prueba de ADN que es padre biológico de la menor y en ese sentido el co-demandado Paúl Frank Palomino Castro no tiene vínculo sanguíneo con la menor lo que también hace que no tenga vínculo sanguíneo con la co-demandante Dina Felicitas Palomino Quicaño, otro punto es que los demandados no cuentan con informes del equipo multidisciplinario que sean favorables sino que más bien en el informe social se acreditan que dieron a la menor por no contar con ingresos económicos suficiente para criar a sus otros 2 hijos y en el informe psicológico que la co-demandada no cuenta con una relación afectiva que la una a la menor en cuestión y que cuando habla de brindar a sus hijos lo mejor solo se refiere a los dos que tiene con su pareja actual y que con el co-demandado ya se resignó en entregar a la menor, mientras que los demandantes si cuentan con buenos informes sociales y psicológicos.

Es a raíz de esto que el juez analiza los supuestos agravios mencionados por la co-demandada Isabel Zenaida Castro Muñoz, en ese sentido primero se analiza los artículo del código de niños y adolescentes, en la cual establecen que si bien no puede haber adopción entre un padre biológico y su hijo, en el presente caso aunque se realizó una prueba de ADN en la cual se demuestra que el co-demandante es el padre de la menor, la prueba legal es el acta de nacimiento de la menor en la cual se establece que el co-demandado es el padre de la recién nacida y al no haber

sentencia firme de nulidad, se puede concluir que la menor legalmente es hija del co-demandado y que es sobrina de la co-demandante y con respecto a los otros agravios invocados con respecto al código civil no serán amparados puesto que es requisito que los que dan en adopción a su menor den la aprobación de la misma, en el caso concreto el juez resolvió avocándose al principio del Interés Superior del Niño y encontrándonos ante el conflicto del derecho que tiene los padres que es la patria potestad de la menor y el derecho de la recién nacida de tener una familia, y resultando preciso mencionar que bajo análisis en sala se acreditó que los demandados acordaron con los demandantes a procrear un ser humano para recibir a cambio beneficios para mejorar su situación y poder viajar a Italia y además de haber aceptado recibir dinero mensualmente durante el tiempo de embarazo, por lo que se puede apreciar que su interés es económico y no que está lleno de sentimientos parentales como aluden tener.

De igual forma el actuar de los demandados en el proceso de primera instancia en el cual se allanaron a lo actuado, así como que entregaron a la menor a los demandantes y que en audiencia reiteraron su sentir de que su hija fuera adoptada por los demandantes y que aunque a la demandada acepta que hasta el momento de negar la adopción ella estaba de acuerdo de seguir lo pactado con la otra parte, pero además el ministerio público formalizó una denuncia penal contra los demandados por el delito de extorsión y alteración del estado civil de la menor puesto que según investigaciones los demandados desde un inicio tenían planeado inseminarse del esperma del co-demandante y así empezar a extorsionarlos con pedidos de grandes sumas de dinero para que no aborte a la menor y que consecuente a su nacimiento las amenazas siguieron pronunciándose de que frustraría la adopción de la recién

nacida y que a la fecha los demandados habrían recibido el monto de \$19,800.00 dólares americanos.

Por lo que en Sala Casatorio se llega a la decisión de que es INFUNDADO el presente recurso por lo que NO CASARON la sentencia y dispusieron la publicación de la presente.

Ley 26842, ley general de salud.

En el caso de la ley general de salud, el mayor alcance plasmado en una norma que se tiene referente a las TERAS, lo cual se encuentra plasmada en su artículo 7 en el cual prescribe que todas las personas tienen el derecho de poder usar un tratamiento para poder tratar su infertilidad y de engendrar mediante el uso de TERAS mientras que la gestante cumpla con tener la misma genética que el feto gestado.

Como se puede notar la G.S. en el Perú está limitando a las mujeres infértiles que no pueden llevar ellas mismas al bebe o utilizar sus propios óvulos para que otra mujer se encargue del proceso de la gestación restringiendo en sí mismo sus derechos reproductivos.

Internacionales.

Actualmente en Brasil aún no se cuenta con una legislación específica sobre el tema de la G.S., aunque sí se han presentado varias propuestas para su pronta legislación, es así como el Consejo Federal de Medicina (CFM), a lo largo de los años fue publicando distintas especificaciones que deberán seguir el sector de medicina para la utilización de TERAS en las cuales se incluye la G.S. o lo que ellos nombran embarazo de reemplazo u asignación temporal de útero.

Ahora bien, esta práctica en Brasil está regulada por el conselho federal de medicina que emitió la resolução [resolución] CFM 2.294 de 2021, dicha ley reconoce que la infertilidad como un problema de salud que afecta tanto física como

psicológicamente y esta ley busca que se pueda superar esta situación; las TERAS son parte vital para ayudar en el proceso de procreación, por las cuales se podrá donar óvulos, preservar gametos y tejidos germinales por razones tanto médicas como no médicas, pero solo podrán ser realizadas si tienen posibilidad de éxito y bajos riesgo hacia la persona que las utilice, primero tiene que cumplir con ciertas características generales para ser parte de una técnica de reproducción asistida, las personas tienen hasta 50 años de edad para quedar embarazada usando estas técnicas, pero existen excepciones en base al criterio técnico y científico del doctor a cargo, los cuales se basan en el análisis de la salud de la mujer y de que estén correctamente informados de los riesgos del proceso, de estar de acuerdo deberán plantear un consentimiento escrito donde además se deberá detallar los datos biológicos, legales y éticos.

Un punto que ellos detallan específicamente es la edad de la mujer y la cantidad de embriones que puede recibir a raíz de esta, las mujeres hasta 37 años pueden recibir dos embriones, las mayores de 37 años pueden recibir hasta 3 embriones, de tener embriones euploides (número correcto de cromosomas) solo recibirán 2 embriones independientemente de la edad y si la mujer tiene un embarazo múltiple está prohibido a reducción embrionaria.

Así mismo Brasil permite que estas técnicas las pueden realizar tanto heterosexuales, homoafectivas y transgéneros, otro punto importante que detallan es la donación de gametos o embriones, la cual establecen no puede ser onerosa, pero además la donación es anónima, ninguna de las partes conocerá la información personal de la otra parte, pero se hace una excepción en la donación entre familiares hasta 4° grado siempre que no compartan lazos biológicos, ahora bien los donadores no pueden superar los 37 años de edad en las mujeres y los 45 años para los

hombres, salvo que en los casos de las mujeres ya haya ovocitos y embriones previamente congelados, con respecto al punto del anonimato entre ambas partes este puede ser exceptuado por razones médicas pero será dado a los doctores, es por ello que los centros que realicen estas prácticas no solo deben mantener el secreto profesional sino que también un registro detallado de necesitar la información y se evitará que el donante haya producido más de dos nacimientos de diferentes sexos en un área de 1 millón de habitantes y los médicos y personal no pueden ser donadores.

Centrándonos en el punto de los embarazos de reemplazo como los llaman, solo podrán ser realizados cuando exista un problema médico que impida o contraindique el embarazo y también en los casos de relaciones homoafectivas o unipersonales, así mismo la mujer que preste su útero ya debe contar mínimamente con un hijo vivo y debe ser parte de la familia de uno de los miembros de la pareja de forma consanguínea hasta un 4° grado y en casos excepcionales serán a criterio y evaluación del CRM, dicho servicio no deberá ser comercial y la clínica no deberá intervenir en la elección, llegando el momento la clínica deberá contar con el consentimiento de la pareja y del cedente temporal del útero y tendrá que contar con toda la información pertinente de los riesgos que podría tener, también se deberá contar con un informe médico con el cual se pueda comprobar el estado de salud físico y psicológico de las partes, un compromiso entre el paciente y el cedente para dejar clara la filiación del menor y que la paciente acepte el seguimiento médico correspondiente, el compromiso del registro civil del menor que nazca producto de estas técnicas y si el cedente está casado deberá constar la aprobación de su pareja; de existir el caso que uno de los integrantes de la pareja falleciera se puede utilizar su material genético únicamente si se dejó una autorización específica para ello.

A diferencia de Brasil que no cuenta con legislación, Uruguay en el 2013 promulgó su Ley 19.167 - técnicas de reproducción humana asistida para poder regular las técnicas de reproducción humana asistida y también establecer los requisitos que se deberán seguir tanto los entes públicos y privados. De igual forma que la ley anterior primero se establecieron los parámetros generales de estas técnicas, las cuales serán utilizadas únicamente como un método terapéutico para las personas con infertilidad, centrándonos en las parejas que biológicamente están impedidas de hacerlo o con mujeres que desean ser ellas solas madres.

El Estado de Uruguay promueve las técnicas de reproducción humana asistida como una herramienta para combatir la infertilidad y también busca diversas maneras de solucionar enfermedades que pueden acarrear este estado en las mujeres y hombres, para ello las entidades que se encarguen de estas prácticas tienen la obligación de contar con el permiso del Ministerio de Salud Pública.

Ahora bien Uruguay divide las técnicas de reproducción humana en dos tipos las de baja complejidad y las de alta complejidad; las de baja complejidad son las cuales la unión del óvulo y el espermatozoide se realiza dentro del genital femenino, estas técnicas son totalmente pagadas por el Estado Uruguayo si la mujer no excede de los 40 años, mientras que los procedimientos de alta complejidad son los cuales el óvulo y espermatozoide son fuera del genital femenino, en este caso estas técnicas van a ser pagadas por el estado uruguayo parcial o totalmente, por lo que se deberá evaluar cada caso para decidir qué financiación se les dará y aun así el Estado solo los apoyará en estos casos en un máximo de 3 intentos, se incluye en la financiación los estudios necesarios, material médico descartable y demás estudios requeridos, el asesoramiento y los procedimientos realizados.

Las técnicas de reproducción asistida sólo se podrán aplicar desde la mayoría hasta los 60 años, salvo que por resolución se le haya declarado incapaz de ejercer la paternidad o maternidad, las cuales sólo podrán realizarse cuando existan posibilidades razonables de éxito y no ponga en riesgo la salud de la mujer y su descendencia, para lo cual se deberá determinar la salud psicofísica de la pareja o de la mujer, dicho análisis determinará que la persona no cuenta con enfermedades que sean genéticas, hereditarias o que infecten al feto o que sean transmisibles a la descendencia y que no puedan ser tratadas después de nacer el infante. En los casos de los procedimientos de alta complejidad el doctor deberá dejar constancia del historial médico y actualizarlo con cada paso dado para la realización de estas técnicas y la pareja deberá dejar su consentimiento escrito y al momento de la realización se deberán ratificar por escrito, como parte de proteger el mejor interés del niño, estos al crecer deberán ser informados el método por el cual fueron concebidos, cabe agregar que posterior a la fertilización de los ovocitos, sólo se podrán transferir al útero de la mujer 2 embriones por ciclo, por un máximo de 3 ciclos, salvo que el doctor permita la implantación de un tercer embrión y los no utilizados se preservarán en un lugar adecuado por si son necesarios para su utilización futura.

Los donadores deberán hacerlo de forma anónima y altruista, la cual deberá ser realizada por escrito y si los donantes necesitan de regreso su donación se les podrá regresar, para poder ser un donador se deberá ser mayor de edad, acreditar una buena salud psicofísica y de igual no padecer enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas, las personas que donen no tienen la responsabilidad ni el derecho de formar el vínculo filiatorio entre ellos y el nacido, los que utilicen el material genético de los donadores podrá saber las características generales del donador,

pero toda información relativa con respecto a la donación deberá ser resguardado por el secreto profesional tanto de doctores como miembros del centro médico.

Por último entrando directamente a la gestación subrogada, Uruguay establece como nulos todos los contratos a título oneroso o gratuito que se firme con el fin de la gestación del útero de una mujer obligándola a que posteriormente haga entrega del nacido a los contratantes, exceptuando los casos en los que la mujer no pueda concebir ella misma por lo que podrá llegar a un acuerdo con un familiar suyo hasta el 2° grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y la gestación del embrión propio, pero dicha incapacidad deberá ser diagnosticada por los médicos y será remitido a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana para la evaluación de si cumple las características para poder utilizar este método, por lo que los que si cumplen con las características tendrán la filiación con el nacido obviando a la mujer que prestó su útero y se dará la maternidad como se pactó a la que solicitó la gestación subrogada.

Actualmente en Canadá se encuentra permitido, contando con una única legislación, la Ley de Reproducción Humana Asistida, AHRA, promulgada el 29 de marzo del año 2004; la cual permite la realización de la gestación subrogada tanto para canadienses y extranjeros, reconoce que se aplica a todos los modelos de familia, es decir, parejas heterosexuales y homosexuales (estén o no casados), así como hombres y mujeres que decidan ser madres y padres solteros. Asimismo, establecen mediante una sentencia judicial la filiación a favor de los padres de intención, la persona gestante del bebe debe entregar al recién nacido, permitiéndose la práctica tanto a extranjeros como canadienses.

La ley en el apartado 6 también establece una lista de prohibiciones en lo que respecta a la G.S., la más importante, el procedimiento siempre debe ser con una

finalidad altruista por parte de la gestante, en consecuencia, no recibiendo alguna ganancia financiera, aunque los contratantes deben pagar algunos gastos que derivan del embarazo como la medicación, consultas médicas, vitaminas de embarazo y en caso de pérdidas de días laborables por complicaciones del embarazo se permitirá por ley un pago máximo de 22.000 dólares canadienses, ofreciéndose algún pago no establecido por ley la persona podría ser multada con \$ 500.000 o sentenciada a cárcel por hasta diez años.

Así mismo está prohibido el ofrecer o anunciar pagar a una mujer para ser la madre sustituta, nadie puede aceptar la consideración de una organización de servicios de subrogación, ofrecer hacer tales arreglos o publicitar tales servicios. Tampoco pagará, ofrecerá pagar o anunciará un pago a otra persona para coordinar los servicios de una madre sustituta. Asimismo, está prohibido comprar, ofrecer para comprar o publicitar la compra de espermatozoides u óvulos de o en nombre de un donante; genes o células humanas de un donante o de una persona en nombre de un donante con el fin de utilizar las células o genes para crear o hacer disponible un ser humano para este fin.

En cuanto a México, aún se encuentra en un proceso sobre la G.S., la mayor parte del país sigue teniendo un vacío legal, puesto que sólo cuatro estados tienen planteados de manera clara tanto la prohibición como el acceso a dicha técnica de reproducción asistida. Actualmente los estados de Sinaloa y Tabasco cuentan con un apartado en sus respectivas legislaciones.

Código civil para el Estado de Tabasco.

El Estado Tabasco implementó una regulación referente a la gestación subrogada en su código civil en el año 1997, en la cual sólo concebía la existencia de la figura de reproducción asistida sin contar con algún otro mecanismo de protección

para las partes ocasionando mayores problemas. Con las últimas modificatorias del código en el año 2015 la G.S. ha quedado para aplicación exclusiva para ciudadanos mexicanos, donde el contrato se realizará únicamente entre los futuros padres y la gestante sin alguna agencia intermedia.

En el capítulo de la gestación asistida y subrogada del código civil reconoce la existencia del niño nacido como resultado de la participación de la gestante, se presume que la maternidad es de la madre contratante porque este hecho implica su aceptación. Cuando se trata de una madre sustituta, se debe seguir una orden de adopción completa, entiendo por gestante subrogada a la mujer que está embarazada a término y aporta el componente gestacional pero no el genético. En cambio, el sustituto proporciona tanto el material genético como el sustituto para la reproducción.

Por lo que la legislación mexicana reconoce dos modalidades para la gestación por contrato, la gestación subrogada en la cual se insemina los propios óvulos de la gestante implicando una vinculación genética entre la madre subrogada y el nacido, para posteriormente al parto deberá renunciar a la maternidad a favor de la madre de intención o madre contratante mediante una adopción plena. Por otra parte, la gestación sustituta implica el contratar a la gestante únicamente para portar en su vientre el embrión de la pareja por lo que al no haber una relación genética entre la madre y el bebé se reconoce como padres legales a la pareja contratante.

Para que se pueda acceder al tratamiento de subrogación gestacional, los contratantes deben ser un hombre y mujer casados, entregando un certificado médico de la secretaría de salud del gobierno del Estado en el cual demuestra la incapacidad de poder cumplir el embarazo por algún problema de infertilidad. El procedimiento para la madre de intención no puede contar con más de 40 años, lo cual presenta un

impedimento para la mayoría de las parejas puesto que suelen acudir a las TERAS luego de varios años de haber tratado de manera natural.

En cuanto a los requisitos y condiciones para la celebración del contrato entre las parejas interesadas y la gestante se da bajo la supervisión de la Secretaría de Salud del Gobierno para velar por el bienestar del niño y de la gestante. Para que un contrato de la gestación subrogada sea plenamente válido, debe ser certificado por un notario, debe realizarse en una clínica certificada por el Ministerio de Salud, el cónyuge contratante debe pagar todos los gastos médicos y una póliza de seguro para la gestante. Por último, una mujer embarazada tiene muchos requisitos, entre ellos capacidad de razonamiento, nacionalidad mexicana, entre 25 y 35 años de edad, no estar embarazada hace 1 año certificado por un especialista, no ser adicta al alcohol ni a las drogas, entre otros requisitos.

Código familiar del Estado de Sinaloa.

En cuanto al Estado de Sinaloa se encuentra autorizado por la secretaría de salud la práctica de la gestación subrogada la cual se encontrará supervisada por algún médico autorizado, el cual expedirá el certificado de nacimiento y que llenará el formato expedido por la secretaría de salud la cual consta que el procesamiento se realizó a través de una técnica de reproducción asistida. Se permite que tanto cónyuges como convivientes que cuenten con alguna imposibilidad física para llevar a cabo un embarazo de manera plena que se acredite mediante certificado médico que sean ciudadanos mexicanos para la práctica de la G.S.

Los requisitos establecidos en el código para ser madre sustituta son tener entre 25 y 35 años, tener al menos un hijo consanguíneo sano, gozar de buena salud tanto física como mental y aceptar de manera voluntaria el prestar su matriz. Asimismo, no debe padecer alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna

toxicomanía, acreditar por dictamen médico que no ha quedado embarazada dentro de los 365 días anteriores a la implantación de la mórula (masa con forma esférica de la primera etapa embrionaria), y que no ha participado en los procedimientos anteriores más de dos veces consecutivas. El personal de la unidad de trabajo social del hospital receptor realizará una visita domiciliaria para verificar que su entorno familiar sea estable y libre de violencia, y que las condiciones económicas y sociales sean propicias para su pleno desarrollo. Si no se cumpliera cualquiera de los requisitos y formalidades que señala este Código el proceso será declarado nulo.

Existen tres modalidades para la práctica de la G.S.; la subrogación total la cual implica que la mujer será fecunda mediante el aporte de sus propios óvulos y entrega el hijo a los cónyuges o persona contratante después del embarazo y el parto, la subrogación parcial en la cual una mujer embarazada se le encomienda exclusivamente llevar en el útero un embrión transferido por in vitro, pero el embrión procede de la unión del espermatozoide y el óvulo de la pareja contratante, la subrogación onerosa en la cual una mujer acepta quedar embarazada y no otra gestante, como si fuera un servicio que paga una determinada cantidad fija además del costo del embarazo y la subrogación altruista que se refiere a la subrogación que ocurre cuando una mujer acepta una subrogación gratuita.

2.3. Definición conceptual de la terminología empleada

Conducta altruista

Martínez (2003) entiende la conducta altruista como un comportamiento de una persona que resulta beneficioso para un tercero ya sea ofreciendo tiempo, dinero, ayuda, etc., lo cual no debe estar estrechamente relacionado con la coerción de la misma. A pesar de que la conducta altruista no beneficia a quien realiza la acción, se

crea que la sociedad favorecerá a toda persona que coopera de manera desinteresada.

Por lo que este tipo de comportamiento puede entenderse como aquella conducta humana que de manera desinteresada presta ayuda de cualquier manera sin esperar recibir algún beneficio. Dependiendo del entorno en que se encuentre la persona se puede favorecer a la persona al considerarla una conducta empática.

Contrato

Duque (2008) considera al contrato como la fuente de alguna obligación que nace de la voluntad de una o más personas que se realiza de manera verbal o escrita, siendo el consentimiento un elemento fundamental para considerar la vinculación entre la norma y la validez del mismo instrumento.

En consecuencia, el contrato es un acuerdo de voluntad de una a más personas para establecer una obligación en el ámbito jurídico, siempre que cumplan con los elementos fundamentales para su creación, de lo contrario puede solicitarse una nulidad para el mismo. El contrato puede celebrarse oralmente o por un escrito, a menos que la ley exija que se celebre de determinada manera.

Contrato de locación de servicios

Cornejo (2011) analiza la figura de locación de servicios y la define como el documento legal que se realiza entre el comitente y el locador, contrato que permite la prestación personal de servicios siendo este el elemento esencial del contrato, aunque en algunos casos se pueda obtener colaboración de terceros, esté servicio que tenga un régimen autónomo y donde no exista subordinación de prestador del servicio, ahora bien el locador por ende no tiene la obligación de presentarse diariamente en el centro laboral, ni a seguir horario, por lo cual existe una diferencia marcada entre este contrato y los contratos de trabajos.

El C.L.S. es un contrato civil plasmado en el artículo 1764 del código civil, por el cual se establecen como puntos esenciales la prestación de servicios personalísimos, la remuneración económica por el servicio prestado y la autonomía que tiene el locador en la realización del servicio.

Embarazo

Chaname (2016) indica que el embarazo es el periodo por el cual la mujer está gestando a un feto, el embarazo inicia desde la concepción del embrión hasta el momento del alumbramiento o hasta su interrupción por un aborto.

Por lo que el embarazo es la etapa por la cual se puede delinear el momento por el cual el feto se encuentra en pleno crecimiento en el útero de la mujer, los embarazos tienen un tiempo de duración de 40 semanas, el cual se calcula desde la última menstruación de la mujer.

Esterilidad

Martínez (2011) explica que la esterilidad es uno de los problemas más comunes que tienen algunas mujeres que aun estando en su mejor momento reproductivo no logran llegar a embarazarse y que a pesar de querer concebir no logra concretar un embarazo a pesar de no usar algún método anticonceptivo. La esterilidad tiene dos tipos, la absoluta en la que hay algún impedimento total para la concreción del embarazo y la infertilidad relativa, en la cual solo se considera que la tasa de fecundidad se encuentra por debajo de la media pero que no corresponde un impedimento total.

Por consiguiente, la esterilidad es la imposibilidad de concretar un embarazo, a pesar de tener relaciones sexuales sin algún método anticonceptivo de manera prolongada, las causas pueden ser variadas dependiendo de la persona y puede variar de físicas a emocionales.

Familia

Oliva y Villa (2014) después de un análisis entre los diferentes conceptos de familia llega a la conclusión de que el concepto de familia se puede entender por un grupo conformado por dos o más personas que conviven de forma cultural, espiritual y socioeconómico y que aun sin estar todos en un mismo espacio físico tienen la necesidad de compartir expresiones de afecto y bienes materiales, así como también objetivos, conservando su libre autonomía como personas.

La familia es el vínculo sanguíneo o emocional que existen entre las personas que conforman esta integración, por los cuales se conforma tanto responsabilidades y obligaciones, así como aspectos emocionales y espirituales, si la familia parte de la pareja entonces se puede decir que esta se estaría conformando por sus ascendientes (padres), colaterales (hermanos) y descendientes (hijos).

Filiación

Varsi (2017) da a entender que la filiación es un vínculo jurídico que existe entre madre/padre e hijo, generalmente tiene como premisa decisiva al vínculo biológico (relación natural padre-hijo). Este concepto amplio de relación padre-hijo se diferencia de otras instituciones que constituyen el derecho de familia, considerando los cambios permanentes que ha sufrido.

Por lo que la filiación es una institución en la cual se concibe como una conexión que tienen los padres (tanto madre como padre) con su hijo, conformando una unidad familiar. Se puede considerar a la filiación un estado civil en el cual se determina en una familia la relación por haber engendrado a un infante.

Gestante

Lugones y Ramírez (2015) indica que la gestante es la mujer que tiene un óvulo fecundado por un espermatozoide, llamado embrión, en su útero durante el periodo del embarazo.

En pocas palabras se puede decir que la gestante es la mujer que se encuentra embarazada y se encarga de llevar el feto en su vientre hasta el momento del parto.

Infertilidad

Brugo-Olmedo et al. (2003) explican que, aunque en la cultura hispana la esterilidad y la infertilidad son sinónimos, en la literatura inglesa la infertilidad y esterilidad si son usados para diferentes connotaciones, la infertilidad se debe entender como la incompetencia de llevar a término el embarazo o de tener bajas posibilidades de embarazarse y aun después de reiteradas prácticas de relaciones sexuales sin el uso de métodos anticonceptivos.

La infertilidad por ello se puede ver como la incapacidad que tiene una mujer de poder llegar a embarazarse o de las pocas probabilidades de estando embarazada de poder llevar este embarazo, teniendo más probabilidades de abortos espontáneos durante los nueve meses necesarios para lograr el nacimiento saludable del bebé.

Interés Superior del Niño

Aguilar (2008) El principio del interés superior del niño este es uno de los principios fundamentales en relación con los derechos del niño. La Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 contiene específicamente este principio. El tribunal debe considerar el interés superior de los niños y jóvenes, lo que requiere una revisión estricta de la particularidad del caso. Asimismo, señalaron que cualquier decisión que les afecte debe tener en cuenta las opiniones de niñas, niños y adolescentes.

En términos generales se puede decir que el interés superior de los menores es la atención que el Estado debe brindar a los niños para asegurar su desarrollo

físico y mental para que puedan crecer hasta convertirse en adultos y llevar una vida saludable.

Maternidad

Arvelo (2004) especifica que a lo largo de la historia la maternidad se ha construido de manera simbólica, asociada de manera frecuente con la fecundidad con la madre. Vinculando de manera frecuente con la genética a de los padres con el hijo brindándoles todo el cuidado que necesite, la protección a su integridad física.

Se puede entender que la maternidad es una responsabilidad, un proceso dinámico de construcción continua, deconstrucción y búsqueda de sentido. Tiene un episodio, generalmente relacionado con el embarazo. Para las mujeres embarazadas, la maternidad es una experiencia especial, cada persona es diferente en cada etapa del embarazo y cada niño necesita diferentes tipos de tratamientos.

Maternidad biológica

González (2015) establece que la maternidad desde la época romana era determinada por el mismo hecho del parto, la maternidad biológica establece que la maternidad es de la mujer que gestó por 9 meses al feto y que mantiene o mantuvo un vínculo biológico, psíquico y afectivo, postura jurídica que está sustentada en el principio de *mater semper certa est*, el cual alude que la maternidad siempre es cierta.

La maternidad biológica por ende esta netamente ligada a la capacidad que tiene la gestante de poder quedar embarazada o de poder llevar a término el embarazo sin mayores complicaciones, durante este periodo es donde la gestante forma vínculos con el feto en su útero.

Maternidad genética

González (2015) indica que la maternidad genética es una manera de determinar de forma científica la identidad de los padres del feto o del bebé, la

maternidad genética se desarrolla en el precepto de que es madre la que brindó su óvulo para la concepción de esta nueva vida, en pocas palabras la que cedió su material genético, esta postura se apoya en que la genética es de suma importancia para la determinación de la identidad de una persona por lo que es una forma de verdad que se puede demostrar científicamente.

La maternidad genética entonces se puede definir como la filiación maternal que existe entre el feto o bebé con la mujer que brindó el óvulo para su fecundación con un espermatozoide, siendo el material genético la parte fundamental para determinar la filiación del nonato o posterior recién nacido.

Maternidad volitiva

Lamm (2014) menciona que el elemento volitivo en la maternidad es una característica fundamental para determinar tanto la maternidad y la paternidad, ya que considera la voluntad de la persona de establecer una unidad familiar. Con el avance de la tecnología, ya no se puede determinar una relación filial basándose en la genética o biología, sino también tomar en cuenta la voluntad de ser madre al utilizar algún método no tradicional para su reproducción.

En consiguiente, la maternidad volitiva no tiene una gran consideración en relación filial entre padre-hijo, sino que se debe contar con otros componentes, como aquellas mujeres que desean tener hijos, y así aportan los factores de voluntad decisiva, sin estos factores no se iniciaría el proceso de producir nueva vida.

Nonato

La Real Academia Española (s.f.) indica que el nonato hace referencia a un ser vivo que ha nacido, pero no de forma natural, sino que más bien se empleó un medio artificial para su nacimiento como es la cesárea, pero también se hace referencia a

un ser vivo que aún no ha sido dado a luz, en pocas palabras aún se encuentra en el vientre de la madre.

Por lo que se puede apreciar el nonato es un ser vivo que se encuentra en el útero de la gestante y que aún se encuentra ligado a necesidades biológicas que le brinda la gestante para su supervivencia y que dejará de serlo al momento de ser dado a luz.

Remuneración económica

Huertas y Zeta (2021) explican que la remuneración es una recompensa económica que el trabajador obtiene al haber prestado algún servicio o bien lo cual ayuda a la subsistencia de la vida de la persona. La remuneración económica también se considera una gratificación (sueldo o salario) dada a un personal para recompensar algún trabajo realizado.

En consecuencia, la remuneración económica es cuando una persona realiza actividades profesionales o completa una tarea, creyendo que sus esfuerzos serán recompensados. Con frecuencia, la remuneración adopta la forma de salario o sueldo mensual. Esto significa que al final de cada mes, los trabajadores recibirán un pago fijo por las tareas que completen.

Renuncia de la filiación materna

Hernández (2019) indica que la renuncia a la maternidad está ligada a la figura de la G.S. y con la adopción, donde en realidad se estaría llevando a cabo una renuncia traslativa, porque se renuncia a favor de los padres de intención, acuerdo que se encontrará plasmado en un contrato. Ahora bien, al renunciar a la filiación materna no se está abandonando a bebé, sino que se está demostrando su deseo de entregarlo a otra persona, con esta renuncia la mujer quedaría exenta de la obligación de inscribir al recién nacido y todos los derechos que nacen a partir de esta situación

y está abriendo el camino para que los padres de intención sean los que se encarguen de las obligaciones y derechos correspondientes a el feto.

Por lo que se puede decir la renuncia de la filiación materna es la forma por la cual la madre rompe su vínculo legal con el recién nacido y brinda la posibilidad de que terceros se encarguen de las obligaciones que se derivan al ser ellos los padres que lo inscriben, quitándose ella misma el derecho de reclamar cualquier tema legal sobre el bebé y deslindándose de las obligaciones correspondientes.

Técnicas de reproducción asistida

Jausoro (2020) El objetivo de la tecnología de reproducción humana asistida (TRAH) es hacer posible el embarazo y lograr un embarazo viable. Son tecnologías en constante cambio y no hay consenso sobre los estándares de diagnóstico o tratamiento disponibles. Actualmente se están realizando los siguientes tratamientos para problemas de fertilidad, ya sea fertilización o inseminación.

Por lo que las TERAS son tratamientos o procedimientos que se utilizan para lograr un embarazo de manera exitosa, son una opción para aquellas personas que tienen problemas ya sea de infertilidad o esterilidad y que estén interesadas en formar una familia.

Útero

Rodríguez (s.f.) explica que el útero es un órgano hueco femenino que sirve de conector entre la vagina y las trompas de Falopio para transportar a los espermatozoides, ubicado cerca de la vejiga, al momento del embarazo su tamaño aumenta de manera exponencial y su principal rol es el alimentar al feto para su óptimo desarrollo.

Por lo que el útero es un órgano ubicado en la pelvis femenina, donde los ovarios producen óvulos, que pasan a través de las trompas de Falopio. Una vez que

el óvulo sale del ovario, puede fertilizarse para quedar embarazada, teniendo como función principal el alimentar al feto en desarrollo antes del nacimiento.

Gestación por sustitución

El autor Gamarra (2018) manifiesta que la G.S. es una nueva manifestación sociológica que actualmente se está expandiendo en el Perú, práctica que se desarrolla cuando otra mujer presta sus servicios para llevar el embarazo y al final de esté la gestante renuncie a su filiación parental, culminando en la entrega a los padres que solicitaron el servicio, la G.S. puede ser para la obtención de una remuneración económica o en algunos casos de forma altruista.

Como mencionó el autor, la G.S. es una práctica que forma parte de las TERAS, técnica que utilizan ciertas parejas que tengan problemas de infertilidad o esterilidad, por la cual emplearán la ayuda de una mujer ajena a la relación para que geste al feto para que con posterioridad sea entregado a ellos para su crianza.

CAPÍTULO III
MARCO METODOLÓGICO

3.1. Tipo y diseño de investigación

Tipo de investigación

Gallardo (2017) detalla que existen diversos tipos de investigación y son catalogados por su nivel, diseño y propósito, más nos indica que un estudio puede ubicarse en más de un tipo de investigación puesto que no son excluyentes los unos de los otros.

Asimismo, Escudero y Cortez (2018) explican que, la investigación básica es la que se encarga solamente de los fundamentos teóricos sin tener en cuenta la finalidad práctica, por lo que en esta investigación se busca hallar los principios y leyes básicos, también se busca ahondar en las ideas sobre la ciencia, por lo que esta recolección de datos sirve como un punto de apoyo para la problemática estudiada.

En ese sentido, tomando en cuenta que la presente investigación tiene un enfoque cualitativo, por lo que se decidió que el tipo de investigación será básica puesto que dicho tipo de investigación se enfoca en la recolección de datos todo con el objetivo de incrementar los conocimientos existentes, con este tipo de investigación se podrá conseguir los objetivos planteados en el presente trabajo.

Diseño

Gómez (2012) comprende el diseño de la investigación como la estructura que se sigue para la formulación de una investigación que tenga como finalidad el encontrar una solución al problema que se plantea, indicando las herramientas y técnicas que se utilizaron en el proceso.

Reidl (2012) Entiende que el diseño de investigación son la estructura y estrategias que se utiliza para conseguir la resolución de la interrogante planteada, partiendo de una teoría de referencia para obtener datos que sustenten la misma consultando con documentos existentes para analizar la información obtenida.

En cuanto al diseño de investigación que se planteó en el presente trabajo, corresponde al no experimental porque solo nos hemos limitado a observar los hechos sin manipularlos, lo cual será de ayuda para interpretar los datos y conocimientos recolectados y alcanzar los objetivos planteados.

3.2. Escenario del estudio y sujetos participantes

Escena del estudio

A raíz de la pandemia del Coronavirus que está oscilando a la sociedad y al mundo es que se está realizando las entrevistas de manera virtual utilizando plataformas como meet o zoom, o en algunos casos de forma presencial con las medidas de protección necesarias para evitar contagios indeseados.

Sujetos participantes

Hernández et al. (2014) indica que los sujetos participantes se utilizan en las investigaciones cualitativas para recolectar lo que tienen que manifestar los actores sociales, los cuales son representantes de la realidad estudiada y para la selección de los expertos se deberá tener en consideración a las personas que están relacionadas con las peculiaridades de la investigación.

Según lo explicado se puede decir que, para la realización de la investigación, hemos recurrido a la opinión y conocimientos de 10 especialistas en derecho civil con el objeto de realizar la guía de entrevista para que brinden información relevante.

Muestra de expertos

Izcara (2014) indica que la muestra de expertos se constituye por personas que tiene como característica principal el conocimiento sobre el tema materia de investigación y su aptitud para informar sobre ello, la cual además brinda una imagen completa sobre el universo social que se está investigando.

González (s.f.) explica que son personas que hacen referencia a la importancia de recolectar los conocimientos sobre el fenómeno estudiado, el cual es usualmente abordado en las investigaciones cualitativas para tener una idea más concreta e importante para la investigación.

Debido a lo explicado, el trabajo de investigación tomó aleatoriamente como muestra a 4 abogados especialistas, que fueron seleccionados por su notable trayectoria.

Tabla 8

Muestra de expertos

ESPECIALISTA	INSTITUCIÓN	AÑOS DE EXPERIENCIA
Liliam Lesly Castro Rodríguez - Especialista en Derecho Civil y Comercial	Magister con mención en Derecho Civil y Comercial, catedrática de diferentes casas superiores de estudios, amplia experiencia profesional y en asesoría de empresas en el plano del derecho laboral, colectivo y comercial. Con Estudio Jurídico en Lima.	Más de 10 años de experiencia
Yurela Kosett Yunkor Romero - Especialista en Derecho Civil y Administrativo	Abogada y magister en derecho y docente de la Universidad Autónoma del Perú	Más de 10 años de experiencia
Wilfredo Gordillo - Especialista en Derecho Civil	Abogado y magister en Derecho	Más de 20 años de experiencia
Eduardo Jiménez - Especialista en Derecho Civil	Sociólogo y abogado, magister en derecho civil; también docente-investigador, asesor de tesis y proyectos de tesis.	Más de 20 años de experiencia

3.3. Supuestos categóricos

Monje (2011) explica que los supuestos categóricos son la forma en la que se hacen las hipótesis en los trabajos cualitativos, con los supuestos categóricos se podrá deslindar las categorías del trabajo, y con estas se podrán delimitar la utilidad,

normas, leyes, actitudes y comportamientos del ámbito bajo estudio; para que posteriormente se vislumbre el esquema global en el que se desarrolla el problema de investigación.

Supuestos categórico general

A. Se interpretará como se incorporará el contrato de locación de servicios en la figura de la gestación por sustitución para suplir un vacío normativo.

Supuesto categórico específico 1

B. Se interpretará el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes.

Supuesto categórico específico 2

C. Se interpretará como establecer la identidad de la madre de intención en razón al carácter personalísimo prestado por la locadora.

3.4. Categoría y categorización

Categoría

Las categorías son aquellos puntos conceptuales que simplifican la investigación, tiene como finalidad el visualizar de manera precisa los puntos más importantes de la investigación con miras a desarrollarlos de manera precisa, todo enmarcado en los requerimientos y objetivos de esta.

Categoría 1.

Gestación por sustitución

Categoría 2.

Contrato de locación de servicios

Subcategoría.

Las subcategorías son características o subtemas que nacen a raíz de las categorías, están directamente ligadas una con la otra.

Tabla 9*Categorización de categorías***3.5. Métodos y técnica de investigación****Método**

Cabezas et al. (2018) considera que el método es un procedimiento que emplea el investigador para verificar la hipótesis que se propone, siguiendo un proceso para que la investigación pueda ser válida para la comunidad científica. Para

Categorías	Subcategorías	Ítems
Categoría 1: Gestación por sustitución	Derecho a la reproducción Establecer la identidad de la madre de intención	Corresponde a una técnica de reproducción asistida que utilizan las mujeres o parejas que no pueden gestar
Categoría 2: Contrato de locación de servicios	Libertad contractual Carácter personalísimo	Tipo de contrato privado usado para crear una relación jurídica en base a un servicio personal

profundizar en la información que se obtiene se ocupan diferentes técnicas para recolectar información.

El presente trabajo utilizó el método inductivo ya que va de un problema específico a uno general y con su utilización se llegará a la raíz central del problema investigado y así brindar una posible solución.

Técnica

Lafuente y Marín (2008) deduce que las técnicas cualitativas utilizan técnicas para recolectar datos en conjunto a las opiniones de personas especializadas en el tema para identificar los problemas vigentes y poder conocer las posibles soluciones de personas con experiencia en el campo.

La investigación al ser de naturaleza cualitativa se utilizará como técnica las entrevistas como medio para recolectar los conocimientos y datos relevantes sobre el tema, entrevistas que serán realizadas a expertos a razón de entender e interpretar la realidad problemática que es razón de investigación.

3.6. Procesamiento de datos

Gorina y Alonso (2013) el procesamiento de la información se realiza con la recolección de las fuentes doctrinarias y teóricas, para así poder reconstruir la situación por medio de la observación, entendimiento, descripción e interpretación de la información recolectada, así mismo con el procesamiento de la información se puede contrastar los datos recabados con el conocimiento del investigador y precisar las categorías que nacen de la investigación.

González et al. (2009) definen el procesamiento de información como la técnica por la cual se analiza, se detalla los hechos, definiciones y además se distingue la postura principal del autor, así como sus argumentaciones por las cuales se podrá reorganizar el contenido, al final del proceso se podrá comprender con facilidad la información y desarrollar los puntos finales de la investigación.

De lo sustentado se obtendrá una información con ayuda de las entrevistas que será dirigida a expertos en materia de derecho de familia y de derecho constitucional, información que será procesada para poder llegar a una contrastación de los datos y brindar una respuesta a la investigación planteada.

CAPÍTULO IV

ANÁLISIS E INTERPRETACIÓN DE LOS

RESULTADOS

4.1. Matrices de triangulación

A continuación, la siguiente matriz de triangulación corresponde a las respuestas de los expertos elegidos, quienes conocen ampliamente el tema analizado; implementación del rango oral en lo civil, por las especialidades que ostentan en su amplia formación.

Tabla 10

Matriz de triangulación 1

Entrevistados	¿De qué manera interpretaría usted la promulgación de una legislación referente a la gestación por sustitución mediante una modalidad contractual?
Yurela Kosett Yunkor Romero	Yo la interpreto que es necesaria. Sin embargo, se tiene que tener mucho cuidado por qué si ustedes analizan y estoy segura que han analizado a nivel mundial ¿no?; hay la ignorancia es atrevida y muchas veces nosotros, por copiar, ¿no?, legislaciones del exterior, vamos a entrar a una suerte de que esta norma sea bien inoperante o mal usada no, sabemos que existe legislaciones muy abiertas ¿no?, como legislaciones también que ¿no?, prohíben la maternidad subrogada ¿no?, conocida en nuestro en nuestro lenguaje denotativo como vientre de alquiler, pero en la mayoría de legislaciones, según yo sé, son las más estudiadas en eso , yo conozco el tema muy general porque en algún momento es una disertación entre Versus Maternidad subrogada versus adopciones no; en un Colegio Abogados de Lima Sur si no mal recuerdo; ¿no?, no, bueno, no me recuerdo, en una sociedad de derecho me invitaron ¿no?, este vi que es necesario la promulgación, Si, pero teniendo mucho cuidado y no copiando las legislaciones que a nivel mundial se están dando y a nivel mundial copiamos eso, yo pediría a ustedes que propongan algo muy bonito, muy consciente, muy real y especialmente objetivo a nuestra realidad.
Wilfredo Herbert Gordillo Briceño	Es una necesidad, nuestro Código Civil ha quedado muy desfasado entendiendo que es un código del año 84 en el cual en ese entonces todavía no existía esta figura, o por lo menos estaba en estudio, pero no existía propiamente la técnica de reproducción asistida. Yo considero que es una necesidad y es necesario que ya exista una norma que regule específicamente lo que es el alquiler. No la hay todavía, pero a pesar de eso, sí se celebran contratos referidos a este tema. Pero lo que pasa es que cuando se produce alguna controversia respecto al mismo, bueno, los jueces no pueden llegar a nuestra justicia y se han visto casos, ya que ha sido sentenciado en

Liliam Lesly Castro Rodríguez	este tema. Es necesario que exista norma específica, porque actualmente hay vacío, salvo una ley de salud que nos habla en general de lo que es el derecho a la fertilidad y la forma en la cual se puede llegar a un camino para llegar a concretar ese deseo maternal. Pero si concretamente la respuesta es que es necesario, ya que es enorme este contrato al ser es un acto jurídico en el cual dos personas se van a poner de acuerdo para que una de ellas preste su vientre a fin de que se pueda procrear a un bebé.
Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	Respecto a la primera pregunta, podría ser factible, siempre y cuando se observen las normas internacionales de la Organización Mundial de la Salud y los convenios internacionales respecto a la salud. Habría que observar eso sobre la Organización Mundial de la Salud
COINCIDENCIAS	Bueno, este sería acercar la norma jurídica a un hecho real, que es la necesidad que muchas parejas de la llamada maternidad asistida o subrogada ¿no?, porque hay que tener en cuenta también que no todas las parejas van a poder ir a un país extranjero donde está legalizado para este tipo de contratos, ¿no? Entonces este tendría que saliera fuera o tendrían que hacerlo pues digamos de forma informal no vale decir, bueno, hacemos no una maternidad subrogada, pero sin papeles, sin documentos ¿no? Entonces este sería pues este bastante beneficioso, sobre todo las parejas que por algún motivo no, no puede tener hijos, ¿no? Es una realidad también que sea en nuestro país.
DISCREPANCIAS	Todos los entrevistados concuerdan en el punto que la regulación de la maternidad subrogada es una necesidad y una realidad que estamos viviendo en el Perú y que los contratos sería una manera factible, útil y beneficiosa, además de una forma de actualizar las normas actuales. La primera y tercera entrevistada discrepan con el segundo y cuarto entrevistado en que a pesar de que los contratos deberían ser una forma de regulación de igual forma se debería tener en cuenta las leyes internacionales y nacionales, así como los derechos de los menores en cuestión para que esta figura no tenga problemas legales que la desnaturalicen.

Tabla 11

Matriz de triangulación 2

Entrevistados	¿Cómo interpretaría usted la implementación de una regulación de la gestación por sustitución en relación a los contratos de prestación de servicios en la realidad de Perú? ¿Considera usted que esto afectaría la situación social de nuestro país?
Yurela Kosett Yunkor Romero	¿pues cuál es mi opinión? Si mal no me equivoco y sé cómo interpretaría usted la implementación de una regulación. ¿Cómo interpreto? Necesaria. Necesaria. Totalmente necesaria. ¿Contratos de prestación de

servicios? Definitivamente que sí, porque ahí se regula especialmente el fin, ¿no? O sea, no se involucra solamente el proceso, sino el inicio y el fin. Y te pago, porque hemos visto, y eso creo que sería lo más adecuado, porque hemos visto que yo me encariño con el bebé y ya no devuelve, ¿no?, entonces por ahí yo creo que sí, porque lo que se espera es un resultado, es más este también ya habiendo un poquito más de más al fondo. No, no solamente la connotación jurídica, también estamos teniendo seguridad en el tema de cuidar los sentimientos de afecto, o sea, afectivos. No, pienso que es que esa sería mi interpretación necesaria y sí estoy conforme con esta, con, bueno, con la prestación de servicios, ¿no?; en el Perú.

¿Una afectación social? Hay que tener cuidado. Puesto que sería bueno regular en situaciones extremas. ¿Por qué? Porque no nos hemos dado cuenta que esto podría afectar y todo se volvería un tema comercial. ¿No? Y también aceptaríamos el versus la adopción, que también es necesaria. Sería bueno, sería bueno una sugerencia que usted o una recomendación que ustedes aborden también maternidad subrogada versus adopción. Estos últimos años hemos visto que las adopciones han disminuido. Hemos visto que las adopciones se han flexibilizado. ¿Con qué fin? Porque tenemos al otro lado, ¿no?, esta maternidad subrogada, pero en una forma ilegal, ¿no?, entre paréntesis ilegal. A pesar que las clínicas hacen estos contratos, sin embargo, no gozan de esa legalidad o la norma positiva ¿no?, que coadyuba a este ejercicio, entonces por ahí sí afectaría, si no está bien regulado, entonces sugiero que dentro de la investigación quede muy cerrado, sin ningún candado abierto. ¿Cuáles son los requisitos que las personas deben cumplir a fin de acceder a este tipo de contraprestación? ¿No? Sino vamos a por ahí un poquito que todo se va este comercial y la idea no es esa porque no es un derecho disponible.

Wilfredo Herbert Gordillo Briceño

Si lo asimilamos a un contrato de prestación de servicios, sí se le puede dar la forma adecuada. En realidad, es un servicio, sea quien presta su vientre para poder dentro del mismo, poder procrear un feto yo creo que está cumpliendo la prestación. Entonces yo no le veo ninguna incompatibilidad, no le veo nada absolutamente fuera de la realidad o algo ilegal de que se pueda regular a través de un contrato que quizás no se domine, pues desde prestación de servicios, pero sí bajo esta modalidad, porque en realidad lo que se está haciendo es un servicio, es un hacer. Entonces yo lo veo que sí podría ser bajo esa forma, quizá con otro nombre, claro, pero sí, esa sería la idea que es una prestación de servicio.

No, no le veo porque yo no veo que por qué el hecho de normar una figura que es tan importante como el

Liliam Lesly Castro Rodríguez	tema de la maternidad. Puede afectar toda la situación social del país si uno no lo encuentra. Yo creo que es un tema trascendental. Sí, porque en nuestro país falta regulación al respecto. Pero no en mi opinión particular no le veo de qué forma podría hacer una afectación social a nuestra realidad.
Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	<p>Respecto a la segunda pregunta, Pero esa es la primera y la segunda son lo mismo, porque cada vez. De qué manera interpretaría usted lo referente a una promulgación de la legislación, de una legislación, o sea, ¿de una ley referente del alquiler? ¿Y en la segunda es cómo interpretaría usted la implementación de la regulación?</p> <p>Bueno, hay que tener en cuenta que servicios o el término servicios es un término bien amplio abarca toda prestación, generalmente el diccionario define como toda prestación de carácter inmaterial, servicios es un concepto muy amplio puede ser un servicio médico, por ejemplo, un servicio legal, un servicio de delivery ¿no?, etcétera. Es bastante amplio y justo para regular esos contratos, pues está dentro de los contratos nominados. No se encuentran en este contrato de la locación de servicios, Que es este un contrato bueno que se adapta a ese tipo de necesidades ¿no? Y ahí tenemos un espectro bastante amplio, bastante, bastante amplio, en lo que son prestaciones de servicio ¿no? Que implica la independencia del prestador del servicio Justamente, o sea no, no hay una subordinación, sino requiere el servicio de una manera autónoma, independiente, a cambio de una retribución económica.</p> <p>No, más bien se podría regularizar, en otros países esto es así es un contrato de servicios también. O sea, no es un contrato digamos, subordinado, sino es un contrato de locación de servicio, que se da incluso. Hay ciertas pautas evidentemente que se van a dar ¿no?, porque ya ha habido casos también en otros países, ¿no? Que incluso la madre subrogante ha querido reclamar al hijo. En fin, hay ciertas, pautas que ya se han establecido en esto, ¿no? Pero socialmente no, no me veo que vaya a ver una cosa pues cismática o, nada de eso más bien se podría regular una realidad.</p>
COINCIDENCIAS	La primera, segundo y cuarto entrevistado concuerdan que los contratos de prestación de servicios son totalmente necesarios y que funcionarían de una manera correcta con el fin del vientre de alquiler. Así mismo los entrevistados consideran que los contratos son compatibles con esta figura y sirven para plasmar el inicio y el fin de este proceso dejando las cosas claras para ambas partes.
DISCREPANCIAS	La tercera entrevistada considera que la pregunta está planteada de manera similar a la pregunta anterior por lo que considera que su punto de vista es el mismo, a

diferencia de los otros entrevistados. En cuanto a la primera entrevistada considera que de estar mal regulada esta figura podría generarse un tema comercial referente a los menores engendrados con esta técnica a diferencia de los otros entrevistados que no consideran una afectación social el regularlo con este contrato.

Tabla 12

Matriz de triangulación 3

Entrevistados	¿En su análisis de investigador considera usted la existencia de bases jurídicas para la implementación de la gestación por sustitución?
Yurela Kosett Yunkor Romero	Bases jurídicas y bases filosóficas ¿no?, porque la investigación está ligada con la filosofía y nuestra filosofía es el ser ¿no?, si hablamos epistemológicamente no podemos cerrar los ojos frente a realidades que se nos vienen, Bitcoins, este la maternidad subrogada no, ya hemos comenzado y ha sido un tabú terrible. Por ejemplo, en lo de los órganos, ¿no? la donación de los órganos ¿no?, y que se queda sin alma, que es si te resucitas incompleta. No podemos cerrar los ojos frente a ello, ni tampoco al conocimiento empírico, que es parte de la filosofía que dicen ¿no? los señores en la sierra eso me lleva a llover. ¿Por qué? Porque incluso saben los colores que pone el cielo. Y de igual forma, nosotros no podemos cerrar los ojos frente a una necesidad, hay muchas personas que dejamos o que deja ¿no? el derecho de ser madre por tratar de sobrevivir y subsistir en esta tierra ¿no?, ganamos económicamente porque nos es difícil, sin embargo, dejamos de ser mamás. En ese sentido no hay que quitarles la oportunidad a las personas de dar vida, ese es un enfoque eminentemente filosófico, como también si hablamos de bases jurídicas, bueno, ahí entraríamos en el derecho natural a ser mamás, ¿no? No tanto con el derecho de ser positiva y aparte de eso, no solamente ser y realización de la mujer, sino la familia y justamente es un derecho constitucional ¿no?, es un derecho que la Constitución salvaguarda, cuida, protege y preserva, justamente orientado a nuestra preservación de nuestra especie humana.
Wilfredo Herbert Gordillo Briceño	En el Perú no existe la base jurídica. No, solamente estamos hablando, como ya le comenté, de que en general se están dando casos, lo que pasa es que no se trasciende, pero esto que existe en nuestro país existe y no de ahorita de hace varios años. Lo que pasa es que no trasciende, lo que falta es sentar la base jurídica. Lo que falta es normar, no hay norma que regule específicamente el vientre de alquiler lo que hacen los juzgadores en base a ese principio de que no se puede dejar de administrar justicia por vacío de efecto a ley es resolverlo no lo resuelve, pero las

Liliam Lesly Castro Rodríguez	normativas específicas respecto al vientre de alquiler no las hay todavía. Sí, considero que existen bases, no solamente bases nacionales, sino bases sobre todo internacionales legislación comparada, si existe.
Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	Si justamente sale en el contrato, la locación de servicio ¿no? Digamos esa es la base legal, sino esa manera. Dentro de eso se puede establecer un contrato de esta naturaleza. De repente, un contrato especial de vientre de alquiler. Se podría establecer, claro que habría que cambiar algunas normas. Por ejemplo, la Ley General de Salud creo que es el artículo siete ¿no? habría que cambiar algunas normas para poderlo viabilizar y ver una necesidad ¿no? De repente en el Perú pueda haber necesidades de ese tipo de casos, porque como te decía, no todos van a poder ir al extranjero, pagar una suma no baja de 50 o 100.000 \$, no creo que por este tipo de servicios. Entonces este podríamos regularlo de manera y ver también la cantidad de parejas que hay que un trabajo de distribución en la cantidad de pareja que tiene estos problemas de infertilidad, digamos en algunos de ellos.
COINCIDENCIAS	La primera, la tercera y cuarto entrevistado concuerdan de que existen bases jurídicas, filosóficas para la implementación del vientre de alquiler, como por ejemplo el derecho natural a ser mama, el derecho de ser positivo, el derecho a formar una familia que es un derecho constitucional y también las normas que regulan el C.L.S., así como bases internacionales y legislación comparada.
DISCREPANCIAS	El segundo entrevistado considera que en el Perú no existe una base jurídica porque no hay normativas específicas sobre el vientre de alquiler. Asimismo, el cuarto entrevistado considera que debería haber cambios en algunas normas mencionando específicamente el artículo 7 de la ley general de salud.

Tabla 13

Matriz de triangulación 4

Entrevistados	¿Cómo interpreta usted la falta de regulación sobre la gestación por sustitución considera usted que vulnera los derechos tanto de los padres de intención como de los menores gestados por esta técnica?
Yurela Kosett Yunkor Romero	No vulnera, he ahorita sí está vulnerando porque tenemos el caso referente de Chile, ¿no? Los papás chilenos que vinieron de otro lugar y de pronto no sabían ni siquiera los fiscales sabían configurar el delito ¿no?, pusieron trata de personas, justamente por la falta de regulación. Entonces, si nosotros

entendemos esto también bastante analíticos en ese extremo, pues es necesaria una falta de regulación, pero como vuelvo a repetir, una regulación responsable, objetiva y eficiente y eficaz ¿no?, porque se nos viene y lastimosamente en el Perú se comercializa con la salud ¿no?, se comercializa con el salud hasta de los, de las medicinas más simple se imaginan pues con el vientre de alquiler que muchas veces ya den, teniendo a colación a este tema, por ejemplo, si la marihuana o las drogas se vendería y se legalizarían obviamente que los narcotraficantes definitivamente perderían, si nosotros regulamos esta red, esta situación objetiva, lo que es este; La regulación de la maternidad subrogada, todas esos monopolios que tienen algunas clínicas definitivamente ¿no?, prácticamente estarían vacías esas clínicas porque habría oferta y demanda, y eso es muy bueno. Sin embargo, todo con límites, con cuestiones muy claras, porque si no estaríamos comercializando los óvulos, los espermias, los úteros y todo, ¿no? Y la idea no es eso. Hay que cuidar nuestra especie y llevarla con la mejor responsabilidad.

Wilfredo Herbert Gordillo Briceño

Sí, efectivamente, en eso estoy totalmente de acuerdo, mi opinión es que no hay ninguna regulación al respecto. Primero que la mujer tiene derecho como toda mujer, sin razón de raza ni otro tipo de discriminación a procrear, es un derecho que no existe por el hecho de ser mujer. Segundo que cualquiera sea la forma por la cual pueda satisfacer ese deseo maternal, creo que es válida ya sea de forma natural, de forma asistida, vientres de alquiler. Yo creo que es válido y que el Estado debería preocuparse porque no lo hace. Debería preocuparse de regular esta situación actual, también respecto al niño, porque el niño dice tú eres mi mamá, pero yo no he nacido de tu vientre ¿De dónde nací yo?, si es que se llega a enterar. Entonces eso también. Falta regular yo no sé cómo decirte la figura, la adopción. Yo no veo ningún inconveniente en que quizás no se recurra a esa figura en adopción. Pero por lo menos considerar que si el niño ha nacido en otro vientre de alquiler. Pues todo caso que se le concibe como que es hijo biológico de su madre. Yo creo que no le veo una incompatibilidad. Claro, cuando sea de pleno conocimiento de las autoridades a través de quizás un proceso sumarisimo en el cual se reconozca que ese niño es pues hijo de esta señora que encargó un vientre de alquiler para que lo pueda comprar, pero que ha sido inseminado con el tema de su marido. Yo creo que tendría que ser así.

Liliam Lesly Castro Rodríguez

No necesariamente una vulneración a los derechos de los padres, porque existe también la adopción. ¿No? Entonces podría ser otra de las medidas que puedan tener. El tema de los vientres de alquiler es un tema

delicado, pues más aún si es el óvulo también o no, porque se entendería que existiría un libre comercio. Es por eso que existen las instituciones como concebir, no una serie de instituciones que hacen y no hacen donación de óvulos, pero a través de tus propios óvulos no generan, ¿no? lo practican, hacen de este. ¿Cómo se llama? Reproducción a través de ensayos hay una serie de reproducción, esta no se practica en el Perú todavía, ¿no?

Eduardo Daniel Jiménez Jiménez

Lo que pasa es que este cuando en el artículo siete de La ley general de salud, un poco que tocó estos temas transversalmente, lo hizo en una forma bastante tímida, el código civil no decía nada, pero recordemos que el código civil es del año 84 no existían ese tipo de situaciones, pero la ley general de salud es un poquito después. Entonces se estila un poco tímidamente o digamos se podría donar un órgano, pero solo por donación, por ejemplo, no, este no tipificado, tampoco estas situaciones que se podían presentar. Entonces este en un momento determinado, ya conforme la ciencia fue avanzando, conforme a estos procedimientos, en otros países se dan por más este más comunes, entonces un poco del derecho se quedó rezagado, no se queda un poquito rezagado. Consideraciones quizás éticas de repente no imagino yo, pero se quedó rezagado en la realidad, ¿no? Entonces lo que era algo tímido, bueno vamos a ver algunas cosas que decía el artículo siete como que ya ha sido desbordado por la realidad social, es un poco lo que le sucedió a este tipo de situaciones que, de la ciencia, en la ciencia médica, la tecnología médica, han ido avanzando a paso mucho más rápido de lo que ha hecho el derecho.

COINCIDENCIAS

La primera entrevistada y el segundo entrevistado concuerdan en la existencia de una vulneración especialmente en la actualidad, específicamente por el caso chileno, además la mujer tiene derecho a no ser discriminada a procrear la manera que mejor le convenga ya sea natural o asistida, es su derecho como persona que debería ser protegido por El Estado.

DISCREPANCIAS

La tercera y cuarto entrevistado discrepan con el primer y segundo entrevistado porque consideran que no existe necesariamente una vulneración más si consideran que la norma no fue planteada considerando la realidad actual y que además no toma en cuenta las perspectivas sociales sobre el tema. Además, la primera entrevistada recalca que debe existir límites para evitar la comercialización de óvulos, espermatozoides, úteros, etc.

Tabla 14

Matriz de triangulación 5

Entrevistados	En la ley general de salud en su artículo 7° prescribe lo siguiente: 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. ¿cuál es su interpretación con respecto a este artículo y cree que vulnera los derechos a las personas que usan el gestación por sustitución?
Yurela Kosett Yunkor Romero	Lastimosamente esta regulación es muy general y si nosotros hacemos uso de la interpretación sistemática, exegética y las demás, obviamente que no hay vulneración porque se habría vulneración, todo el mundo estaría en la cárcel, los médicos ¿no?, están vulnerando mi derecho, sin embargo, es muy general y vuelvo a repetir, si ustedes piensan o pretenden proponer una esta iniciativa legislativa yo las felicito. Sin embargo, por favor, que este trabajo de investigación cierre espacios, cierres candados donde por ahí se vuelva comercial, ¿no? Entonces esa es mi única recomendación. Se vulnera depende como la ves; Sin embargo, este si hay una vulneración porque pues estas vulnerando porque, por ejemplo, la inseminación artificial, que también es una TERA, ¿no? las TERAS, ¿no?, las técnicas ¿no?, cuanto te cuesta mínimo \$3.000 dólares y quién tiene sus \$3.000 dólares ¿no?, claro, no está tan caro en relación a otros países, sin embargo, ¿no?, sin embargo, pocos podemos tener esa accesibilidad. Ahora es importante que la parte quien te acompaña esté de acuerdo al igual que una adopción, porque yo puedo serlo, porque y ahí también hay que ver otro punto mi realización personal como mujer, para la realización, ese niño que necesita un papá es distinta. Entonces por ahí, chicas también hay que ver y hay que enfocar en la exposición de motivos que ustedes puedan proponer. Hay que ver de todo punto de vista, no por el hecho de ser mujeres, somos las dueñas del mundo y vamos a hacer desde pequeño lo que queramos. Ese niño necesita por algo Dios nos ha dado un varón ¿no?, que tenemos que respetarlo y honrarlo. Entonces y ese niño necesita esa imagen paternal, eso sería mis recomendaciones. Yo la felicito, en verdad, muy bien.
Wilfredo Herbert Gordillo Briceño	No, creo que no trasgrede, pero sí se requiere que sea de conocimiento. No digo conocimiento público ya que

es un tema privado, sino que sea de conocimiento de aquellos que participan en este tratamiento de vientre de alquiler. Obviamente que tiene que haber consentimiento de los padres, tienen que haber evidencias de que primero esta señora no tiene posibilidad de procrear lo que le llamamos, no sé si bien si una persona infértil no. No sé si estaría mal, pero bueno, la situación es que no puede procrear y a partir de ello se tiene que obtener a la vista documentos que se prueben efectivamente, a la señora que la obliga, por llamarlo así, a recurrir a esa figura de vientre de alquiler para poder concretar ser madre. Se recurre a esta figura justamente para poder concretar ese deseo. Obviamente tiene que haber consentimiento también del señor, porque papá o el esposo de la señora tiene que tener conocimiento de que su señora está recurriendo un vientre de alquiler para poder satisfacer su deseo maternal. entonces, mientras esté eso normado y esté regulado y que exista los consentimientos correspondientes, yo pienso que está esta figura de alquiler, pues es viable, pero ya con conocimiento legal, no por la regulación normativa y no le veo que pueda haber algún inconveniente.

Liliam Lesly Castro Rodríguez

Respecto al derecho que tiene la familia sobre todo está bien, me parece correcto que aquellas personas que puedan adolecer, así como podemos padecer de asma, podemos padecer de diabetes, podemos parecer padecer de algún problema coronario fay mujeres y hombres que a veces por la calidad de los óvulos, a veces por la edad, a veces por enfermedades congénitas, a veces por un tema de los mismos caballeros, que padecen de algún problema, también médico o no, los espermatozoides no tienen la calidad para poder fertilizar y ser fértiles. Obviamente ¿no?, si es una, es una buena técnica que debe ser usada y si vulnera los derechos de las personas que usan su vientre de alquiler. En el tema del uso del vientre de alquiler no debería entenderse como un tema de comercial, ¿no? porque es la vida, o sea cierto, las personas somos libres de hacer con nuestro cuerpo lo que queramos, pero el hecho de alquilarlo obviamente ahí hay un tema de ruptura ética. O sea, imagínate las mujeres, todas aquellas mujeres, así como se dedican a las meretrices, imagínate que le digan oye, te vamos, no te van a pagar 20.000 soles este por mantener nueve meses un bebé ¿no? Entonces ético no es muy bueno, o sea, ya habría una tarjeta, búsqueme de tal calidad porque tengo por engendrar. No es un tanto malo. porque sabes que las mujeres físicamente no pueden, no son como los gatos, los animales? Entonces tiene que tomarse medidas porque obviamente hasta podría poner en riesgo la propia vida de la mujer que usa su

Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	<p>cuerpo como alquiler y luego ¿no? ¿Cuántos hijos podría llegar a mantener en su vientre?</p> <p>Justamente lo que comentaba que se quedó chico el artículo siete ¿no? O sea, un poco que quedo una situación que se quiso regular, un poco limitadamente nada más. Entonces estuvo iniciando casos puntuales digamos ¿no? Y bueno, si hablamos de vulneración de derecho puede haberlo ¿no? De repente el derecho a procrear, de repente o a tener un hijo. Pero se quedó un poco corto, digamos el artículo siete, la razón es que en ese momento de repente se quiso regular algo de forma bastante distinta. Falta un poco más de amplitud, ¿no? Incluso modificado, se podría modificar el propio artículo siete, hacer un añadido para permitir justamente la subrogación asistida.</p>
COINCIDENCIAS	<p>La primera, la tercera y el cuarto concuerdan en que si existe cierta vulneración con respecto a las personas y los derechos de las mismas que utilizan el vientre de alquiler, otro tipo de vulneración es el ámbito económico por el uso de las TERAS, de tal forma en el derecho a procrear o al tener un hijo de la manera más conveniente para la persona.</p>
DISCREPANCIAS	<p>El segundo entrevistado considera que no vulnera a diferencia de los demás entrevistados, pero recomienda que sea de conocimiento entre las partes del proceso y que se demuestre que hay impedimento para poder procrear de una o ambas partes para poder acceder a esta técnica. Además, la primera entrevistada indica que si se realizara un analiza más afondo de las perspectivas no existirían vulneración ya que se utilizarían normas complementarias para poder llegar a una resolución del conflicto planteado de forma correcta.</p>

Tabla 15

Matriz de triangulación 6

Entrevistados	¿Considera que la gestación por sustitución debería considerarse una relación laboral con consecuente remuneración o que debería ser de forma altruista?
Yurela Kosett Yunkor Romero	<p>Debiera ser altruista debiera ser altruista, pero depende también si es un contrato del consentimiento de ambas partes ¿no?, porque uno de los principios, uno de los elementos de un contrato, una relación contractual, es el consentimiento. No establecer tasas, porque ahí sí estaríamos pues no, estaríamos cosificando ¿no?, ya no es sujeto, sino el objeto de derecho; pero su naturaleza debiera ser, su naturaleza debiera ser altruista, debiera ser ¿no?, eso sí es un tema bastante complejo, pero debiera ser altruista. Para terminar esta pregunta, y creo que ya la encuesta</p>

acude a un tema real. No hay más tres, tres procesos, uno de ellos donde esté en forma altruista inicia la relación si, sin embargo, en el transcurso la señora necesita vitaminas y demás, la señora no tenía recursos porque era la empleada de la señora ¿Y qué ocurrió? Le dieron las vitaminas, pero la señora no tomaba esas vitaminas, ácido fólico, etcétera. Nació el bebé y se enteraron en una clínica exclusiva y todo lo demás y se enteraron que los dos, eran dos que eran este, que habían salido mal, ambos tenían deficiencias, creo que Síndrome de Down, era muy poquito y los señores se fueron del país y le dejaron a la señora con los dos bebés. La señora no tenía recursos y hasta ahora sigue manteniendo a los por un tema de humanidad. ¿No? ¿Entonces ahí altruista o contrato? Definitivamente ahí debió someterse a un contrato ¿no?, a un contrato para que la otra parte cumpla en recoger la los niños ¿no?, entonces este son cosas muy, mira el caso de Moran, ¿no? se, por eso les digo no podemos cerrar los ojos frente la realidad ¿no?, el caso de Moran, y hay muchos casos, aunque también tengo otro casito, que la empleada así, todo está en acuerdo ¿no?, se le ha pagado todo, pero Reniec no quiere inscribir porque prevalece más el certificado de nacido vivo, y tenemos que hacer un proceso y es de conocimiento y mientras eso, el niño ya está creciendo y de pronto su documento dice que la mamá es la empleada y de pronto el derecho de la identidad del niño se está vulnerando, llama Salvador el chiquito y de pronto, o sea ¿no?, y está creciendo con papá y mamá que no es la mamá porque la mama es la que presto, pero es, lastimosamente los niños son crueles, entonces ahí es una serie de derechos que hay que tener, como les digo mucho cuidado y hay que tipificarlo de alguna forma, no los penalistas ahí que entren a tallar porque es muy delicado. Sí, chicas.

Wilfredo Herbert Gordillo Briceño

No, yo creo que la práctica no ha sido por altruismo, aquellas señoras que han prestado su vientre lo han hecho por una situación económica, lo han visto como una situación la cual les ha permitido suplir algunas carencias económicas, lo han hecho por interés económico no por altruismo. No descarto que de repente también pueda pasar no hay que descartarlo, yo creo que hay de todo, pero si hacemos un balance creo que el altruismo está por debajo del interés económico la práctica así lo ha hecho ver. Si debería ser remunerado porque desde el momento que se habla de vientre de alquiler, el alquiler es un contrato oneroso, alquilo mi auto o mi televisor si alquilo un bien que es de mi propiedad espero una remuneración al respecto y el vientre de alquiler no debe ser una excepción.

Liliam Lesly Castro Rodríguez	De forma altruista no es laboral ni hablar, ni hablar, porque las relaciones laborales es un contrato de trabajo, tiene prestación directa, remuneración y subordinación. Entonces ¿en qué apartado? Aquí la mujer que alquila su vientre está sujeto a prestación directa. Le podría ser la prestación porque de su barriga, pero ¿en qué apartado está subordinada? Cuando hablamos de prestación directa, cuando cumplo un horario.
Eduardo Daniel Jiménez Jiménez	No, hay que tener en cuenta que para que se una relación laboral debe haber una subordinación, tiene que haber una contraprestación de servicio por una labor determinada en este caso más encaja por una locación de servicio ¿no? es decir como un contrato civil, más que como contrato laboral no creo que encaje tanto, más encaja en un contrato civil uno de los tantos que hay de locación de servicio que a cambio de una retribución económica se presta un servicio determinado, porque si lo encajamos como contrato laboral va a implicar subordinación cosa que no viene al caso ese tipo de situaciones
COINCIDENCIAS	El segundo y cuarto entrevistados concuerdan que debería ser de manera económica puesto que todo servicio tiene consecuente remuneración y esa es la naturaleza del C.L.S., además la primera tuvo la idea inicial que debería ser altruista pero aun así recalca que hay ciertos casos en los que debería haber un pago porque hay circunstancias que lo ameritan.
DISCREPANCIAS	La primera y tercera entrevistada consideran que la figura del vientre de alquiler debería ser altruista por ser un tema que trata la vida de un ser humano.

Tabla 16*Matriz de triangulación 7*

Jurisprudencias	Análisis de las casaciones
Corte superior de justicia de Lima. Quinto juzgado especializado constitucional. Sentencia recaída en el expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05.	El presente proceso de amparo se dio por iniciado por las 2 parejas (Ballesteros-Nieves y Rojas-Lázaro) contra la RENIEC, la finalidad de dicho proceso era modificar las actas de nacimiento en donde se consignó a la gestante subrogada como la madre (Sra. Rojas) y cambiarlo para que la filiación la tenga la madre de intención (Sra. Ballesteros). Después de casarse Nieves y Ballesteros deciden formar una familia, pero se dan cuenta que los óvulos de la señora no logran la maduración necesaria para embarazarse, por lo cual deciden aceptar un ovulo de una tercera persona, pero estos intentos terminan en abortos involuntarios, por lo que, su única solución era el vientre de alquiler, y es así que la pareja Rojas-Lázaro se propone para ayudarlos y con ello se llega a dar a luz a dos niños, y aunque se le indico al doctor en

reiteradas oportunidades que la Sra. Rojas no era la madre legal, el doctor puso a la señora Rojas como la madre de los menores y al Sr. Nieves como el padre, por lo que la RENIEC inscribe a los menores recién nacidos de esta forma en sus actas de nacimiento.

En este sentido, la RENIEC presenta dos excepciones:

E. de legitimidad por obrar: el juzgado reconoce que ni la señora Ballesteros, el señor Nieves y el señor Lázaro no cuentan con una afiliación, por lo cual no tienen representación, pero al estar yendo por propio derecho, por lo cual pueden seguir en la demanda. Y que los menores sí tienen una representante legal que sería la señora Rojas y que dicho problema afiliatorio es culpa de la RENIEC por no haber inscrito de manera correcta a los niños.

E. de falta de agotamiento de la vía previa: el artículo 45 del código procesal constitucional prevé secciones de no haber agotado la vía administrativa previa. En este caso tanto en el número dos y en el número tres. El número dos prevé que se pueda evitar la vía administrativa si el agotar la vía administrativa de existir causaría una vulneración constante del derecho fundamental. Y aparte, el número tres reconoce que de no existir vía administrativa previa se puede optar por ir de frente al proceso. En ese sentido, es que las dos excepciones quedan fuera de lugar y se sigue con el análisis del caso.

Durante todo el análisis que se hace con derechos fundamentales y demás, se llega a diferentes puntos. Entre ellos, la pareja Ballesteros Nieves no puede transitar de manera libre con sus hijos porque podrían tener cargos penales de secuestro de menor, con respecto a la pareja Rojas-Lázaro, la señora Rojas específicamente va a tener que dejar sus obligaciones porque es la única madre afiliada a los niños para poder realizar las citas médicas, controles de lactancia y natales de los menores, lo que va también a generar problemas para su vida laboral, profesional y personal. En cuanto a la pareja Rojas-Lázaro, ellos también pueden ser acusados de cargos penales por abandono de menor.

Con respecto también, el juzgado reconoce que va a haber una vulneración de diferentes derechos, entre ellos el derecho a la vida privada, el derecho a la libertad personal, la vulneración a su derecho a la salud, el derecho a su sexualidad y reproductiva, su derecho a la igualdad, también el derecho de poder formar una familia. En cuanto a los derechos de los niños, el juzgado reconoce que habrá una vulneración a su derecho a la identidad, a su

	<p>desarrollo de personalidad y el interés superior del niño. Asimismo, el juzgado reconoce que el problema de toda esta cuestión es la falta de una regulación, la ambigüedad de la norma.</p> <p>Por ello después de un análisis de las circunstancias y normas de carácter nacional e internacional declaran fundada la demanda interpuesta por los cónyuges Ballesteros-Nieves y Rojas-Lázaro y se declaró nula las resoluciones registrales y las actas de nacimiento de ambos menores, por lo que se ordena a la RENIEC emitir nuevas partidas de nacimiento para los menores.</p>
<p>Corte suprema de justicia de la república. Sala civil permanente. Sentencia casación 563-2011 Lima.</p>	<p>En el presente proceso se dio inicio con la demanda de adopción civil por excepción de la niña Vittoria Palomino Castro, la cual fue presentada por Dina Felicitas Palomino Quicaño y Giovanni Sansone, la niña de la cual solicitan su adopción es hija del sobrino de la co-demandante, con nombre Paúl Frank Palomino Cordero, el cual es hijo del hermano de Dina Felicitas Palomino Quicaño, llamado José Palomino Quicaño, así mismo los demandantes tienen en su poder a la niña después de unos días de nacida de manera provisional.</p> <p>Al inicio del caso la otra parte se allana a la demanda presentada y por ello es declarada fundada, pero La codemandada decide no continuar el proceso de adopción, más como se retractó de manera tardía se dio por no presentada, al elevarse a la siguiente sala se confirmó la sentencia anterior y al interponer el recurso de casación por la codemandada la Sala Casatorio se llega a la decisión de que es INFUNDADO el presente recurso por lo que NO CASARON la sentencia y dispusieron la publicación de la presente.</p>

4.2. Resultados de la investigación

Tabla 16

Resultado de la interpretación de la matriz 1

Resultado 1	
INTERPRETACIÓN	<p>En relación a la promulgación de una legislación referente a la G.S. mediante una modalidad contractual se puede decir que es una necesidad para la realidad peruana, actualmente no existe legislada la figura y esto es consecuencia de la antigüedad del código civil; la práctica de la G.S. se está dando de una manera informal causando problemas al no contar con leyes que dan los parámetros para su aplicación y por ende tampoco se contó con algún documento que establezca la manera en la que se practicara la técnica de reproducción asistida, por lo que se puede inferir que actualmente hay un vacío en la normativa. En cuanto a poder tomar como modelo alguna legislación de otro país, esto sería favorable, mas no debería</p>

ser una copia que no se pueda adaptar a la realidad del país, sino más bien plantear una legislación que sea acorde a la cultura y tenga en cuenta las leyes internacionales para evitar que se desnaturalice los derechos de los niños al momento de plantearlo mediante una modalidad contractual.

Tabla 17

Resultado de la interpretación de la matriz 2

Resultado 2	
INTERPRETACIÓN	Con respecto a plantear a la G.S. como un contrato de prestación de servicios, se puede decir que es una figura que puede ser adecuada para la regulación de la G.S., puesto que este marca tanto el inicio como el fin de la prestación que se está realizando adaptándose a una necesidad; este C.L.S. brinda independencia al prestador del servicio y autonomía durante proceso, también en dicho documento se puede plantear cuales serían los requisitos de las personas deben cumplir para ser partícipe de este proceso a cambio de una remuneración económica; al no haber una incompatibilidad con este tipo de modelo se podría adaptar a este o considerarse ponerle un nombre propio teniendo características del C.L.S. El planteamiento de esta figura no afectaría la situación social por la que está pasando el Perú, más bien será beneficioso el normar este tipo de figuras al ser necesario la existencia de esta nueva modalidad, de lo contrario se podría volver un tema comercial y los derechos de los menores estaría desprotegidos.

Tabla 18

Resultado de la interpretación de la matriz 3

Resultado 3	
INTERPRETACIÓN	Con respecto a la existencia de bases jurídicas para la implementación de la G.S. en el Perú, se puede decir que si existe bases jurídicas nacionales e internacionales así como filosóficas para la implementación de la G.S., entre la parte filosófica, nosotros no se puede negar a una situación y necesidad que se está dando actualmente, esta también el derecho de la persona a ser madre, el derecho a dar vida, con respecto a las bases jurídicas que se tiene el derecho a legislar la realidad que se está viviendo, el derecho a la familia que está reconocido en la constitución, también se puede agregar las leyes contractuales en especial la de locación servicios que es el modelo que se adecua de mejor manera a la figura de la G.S., aunque igual se debe de cambiar algunas normas actuales tal como el artículo 7 de la ley general de salud. Aun así, los jueces no pueden dejar de administrar justicia aun cuando exista vacíos en la ley por lo que resuelve según principios, lo cual dificulta la administración de justicia.

Tabla 19*Resultado de la interpretación de la matriz 4*

Resultado 4	
INTERPRETACIÓN	Con respecto a la falta de regulación de la G.S. y si esto vulnera los derechos de los padres de intención y los menores gestados se puede decir que si se está vulnerando sus derechos como lo que se ve en el caso chileno el cual ni los mismos jueces sabían cómo resolver, así mismo también se vulnera el derecho de las mujeres de poder procrear de la forma por la cual les dé su deseo maternal, el derecho de los niños que son gestados por esta técnica debe tener bien definido quienes son sus padres que es una parte vital de la identidad de todo menor, también la ley general de salud en su artículo 7 toca el tema y restringe la práctica de la G.S. y aunque exista la figura de la adopción es parte del derecho y del propio deseo de la pareja el ser parte del proceso de gestación, siendo este también su propio derecho como personas. Otro punto importante es el tratar esta figura con la delicadeza necesaria para evitar la comercialización con este medio puesto que la idea es apoyar a las parejas que no pueden concebir de forma natural y no el ser descuidados al momento de traer una nueva vida al mundo.

Tabla 20*Resultado de la interpretación de la matriz 5*

Resultado 5	
INTERPRETACIÓN	Con respecto a si el artículo 7 de la ley general de salud vulnera los derechos de las personas que utilizan la G.S. se puede decir que, si existe una vulneración primero en el ámbito económico, porque no todas las personas cuentan con los fondos necesarios para poder costear estos procedimientos, así mismo también vulnera el derecho que tiene toda persona a procrear o reproducirse de la manera que mejor le convenga o que necesite al momento de querer formar una familia, derecho que se vulnera de estas personas si no se les permite usar este mecanismo, ahora bien un punto importante que se tiene que tratar es que las partes que participen del proceso estén todas de acuerdo con dicho procedimiento y su resultado final.

Tabla 21*Resultado de la interpretación de la matriz 6*

Resultado 6	
INTERPRETACIÓN	Con respecto a si debería tratar la G.S. como una relación laboral con consecuente remuneración o debería ser de forma altruista se puede decir que, se considera que la G.S. debe ser visto desde una perspectiva de contrato de locación servicios, en pocas palabras no debería ser una relación laboral sino una relación entre el locador quien presta el servicio y del comitente quien solicita el servicio, con respecto a la remuneración se considera que es necesaria, puesto que el embarazo y el parto no solo generan gastos sino también posibles peligros para la gestante, por lo que se considera que la remuneración es

necesaria para cubrir dichas eventualidades que podrían suceder y aunque no sucedan la persona que dio el servicio merece una retribución por el tiempo que ayudo a la pareja para poder concebir a él bebe.

Tabla 23

Resultado de la interpretación de la matriz 7

Resultado 7	
INTERPRETACIÓN	<p>Con respecto a la casación 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 de la pareja Ballesteros -Nieves y la pareja Rojas-Lázaro contra la RENIEC podemos señalar que el juzgado mismo reconoce y señala en la presente jurisprudencia que la pareja Ballesteros-Nieves no puede transitar con los menores por que pueden ser acusados de cargos penales, de igual modo la pareja Rojas-Lázaro podría ser acusada de cargos penales, pero además siendo Rojas la madre reconocida legalmente tendrá que dejar sus obligaciones para atender los chequeos médicos y demás actividades de los menores. Así mismo el juzgado reconoce que se vulneran los derechos a la libre personalidad, a la vida privada, a la vida familiar, a la salud, a sus derechos sexuales y reproductivos, a la libertad y a la igualdad, de igual forma reconocen que se vulnera los derechos de los menores con respecto a su identidad, al libre desarrollo de la personalidad y al interés superior del niño y toda esta situación es a consecuencia de la ambigüedad que existe en nuestro país sobre esta figura.</p> <p>Con respecto a la casación 563-2011 Lima, podemos señalar que la G.S. entre familiares puede plantear problemas éticos, emocionales y legales. En este caso, se puede considerar negativo por varias razones; en este caso una pareja le pidió a la mujer de su sobrino que fuera la gestante subrogada y aunque todo inicio aparentemente bien, la situación se complicó cuando la pareja subrogada comenzó a amenazar con quitarles al recién nacido si los padres de intención no les pagaban más dinero; esto no solo generó conflictos entre las partes, sino también tensiones en toda la familia.</p> <p>Además, cuando el feto es gestado por un familiar, pueden surgir problemas de identidad en el futuro, el menor gestado puede sentir confusión acerca de quién es su madre biológica, lo cual puede tener efectos emocionales y psicológicos a largo plazo, ya que la identidad y el sentido de pertenencia son aspectos importantes en el desarrollo de una persona. Es en ese sentido que los acuerdos de maternidad subrogada entre familiares pueden ser complicados desde el punto de vista legal, además pueden surgir disputas sobre la custodia y los derechos de los involucrados, especialmente si las circunstancias cambian después del nacimiento.</p>

CAPÍTULO V
DISCUSIONES, CONCLUSIONES Y
RECOMENDACIONES

5.1. Discusiones

Respecto al problema general que trata de si es factible la incorporación en un C.L.S. la figura de la G.S. para suplir un vacío normativo se puede indicar que es una necesidad vigente en el Perú puesto que al existir una falta de regulación se está generando un vacío legal latente y que al no existir una figura que ayude a las parejas que utilizan esta técnica de reproducción, estas personas quedan varados sin saber cómo lidiar con la situación en caso de un inconveniente en esta relación jurídica, creando problemas para determinar la madre legal de aquel infante, si se toma como parte de la figura para su tipificación el uso de un contrato en el cual se estipule a los participantes de la G.S. se podría evitar un problema judicial más grande en un futuro. Asimismo, se debe indicar que la G.S. es una obligación del tipo de hacer la cual entra dentro del modelo contractual, que cabe señalar es diferente a la situación que se vive en un embarazo convencional, en el que no es necesario establecer la identidad entre las dos mujeres participantes ni cuál de las dos será mejor para el crecimiento del menor, de ahí la importancia de regular esta figura, si se sigue con estas incertidumbres jurídicas solo se va a crear más problemas y es ahí donde recae la propuesta formulada en esta investigación.

Igualmente se debe indicar que en cuanto a los datos recabados sobre los antecedentes nacionales se considera al autor Vega (2017) quien en su investigación concluye que al hacer uso de la G.S. sin una correcta regulación se está creando una cuestión que no puede ser resuelta de manera convencional, entre las problemáticas se encontró como se determinara la identidad de la madre, entre la persona quien dio a luz al niño con aquella que tiene la intención de convertirse en madre y dio inicio a la figura de la G.S., en esa misma línea el autor Rojas (2020) explica que las herramientas actuales para la formación de una familia han ido avanzando a pasos

agigantados dejando atrás las regulaciones normativas, lo cual causa un problema pues no se cuenta con una regulación jurídica para la G.S., el cual, el autor considera una opción factible para que las personas con problemas de fertilidad puedan formar una familia, así como también considera la importancia de establecer de manera clara la identidad de los padres de intención y separa a la gestante de cualquier obligación maternal para con el recién nacido, por último entre los antecedentes nacionales se tiene a Aco (2020) en su investigación indica que en el derecho comparado se puede encontrar ejemplos de países que regulan las leyes de la G.S. tanto de forma onerosa como altruista pero también están las regulaciones mixtas que establecen ambas situaciones, como dice el autor las regulaciones con respecto a este punto se encuentran divididas, hay quienes quieren separar la figura de la G.S. de la parte monetaria para que no los vinculen con el ámbito de venta de un ser vivo, pero también están los que lo establecen de forma onerosa porque saben que las gestaciones por sustituciones son un servicio que no solo pone en riesgo a la gestante subrogado durante el embarazo sino que también durante el parto.

En relación con los antecedentes internacionales se tiene a la tesis que se realizó en Ecuador por el autor Avalos (2017) que explica que la falta de una regulación con respecto a la G.S. está generando que la población quede desprotegida afectando derechos de quienes no pueden llevar a término un embarazo ya que se pueden aprovechar de este vacío existente en la norma, también destaca la tesis que se realizó en España por el autor Torres (2018) el cual concluye que al llevar a cabo un contrato al momento de realizar la G.S., los padres de intención se vuelven la parte más poderosa todo dentro de la autonomía de voluntad de las partes pero además este contrato es importante porque rompe el vínculo con la gestante y lo transfiere a la madre de intención y que según el autor en España siguen habiendo

errores al momento de legislar esta figura se están arreglando pero asevera que los contratos realizados son de obligatorio cumplimiento.

Por lo cual se consigue indicar basándonos en lo dicho por los autores que es necesario buscar una regulación sobre la figura de la G.S. que se tiene como ejemplo a el país que ha usado el contrato como herramienta reguladora de dicha relación jurídica, y que dicha falta de regulación sólo vulnera la vida y derechos que tienen todas las personas y de los cuales las parejas infértiles no pueden gozar a causa de los problemas que se generarían si se usara esta técnica sin tener una regulación, como se sabe en la jurisprudencia se reconoció a las madres de intención en ambos casos y se demostró que esta falta regulación vulnera los derechos de las parejas que desean formar una familia, por lo que la jurisprudencia da una puerta para iniciar esta nueva etapa regulativa para el Perú.

Del mismo modo si se usan las teorías generales para analizar el presente problema, se puede indicar a Kelsen (1982) quien en su teoría explica detalladamente 8 puntos del derecho, pero el punto fundamental que detalla es que si cierta conducta es practicada por cierta cantidad de personas, entonces el Estado deberá hacerse responsable y regularla, por lo que sabiendo que la G.S. es un procedimiento que ya se está llevando a cabo por varias parejas como queda demostrado con las casaciones señaladas en la presente investigación y que no contar con un avance sobre esta materia creando problemas e incertidumbres jurídicas, justamente en la jurisprudencia citada la corte superior de justicia de lima se tuvo realizar un análisis de los derechos fundamentales reconocidos tanto nacional o internacional para poder llegar a una solución a dicha controversia jurídica, pero además se dejó claro que se estaba necesitando de dicha regulación que como se dijo es una realidad que está pasando en el país.

En cuanto a las teorías específicas, Jara (2021) habla sobre la teoría que da primacía de la maternidad de las madres de intención y hace referencia que la práctica de la G.S. tiene una estrecha relación con la teoría de las madres de intención, las cuales tienen el deseo y la intención de crear un nexo de parentesco para ser la madre legal sin compartir algún lazo sanguíneo con aquel bebé que se está gestando y además Torres (2018) explica que la teoría de la G.S. como un C.L.S.; se crea a raíz de un contrato, valga la redundancia, mediante el cual se da una mayor seguridad para establecer al momento del parto el parentesco de los padres de intención y no dañar la autonomía de los participantes en la G.S., teniendo en consideración el bienestar del niño de conocer de manera clara el origen de su nacimiento.

Justamente como indican los padres de intención tienen el deseo y anhelo de formar una familia y para ello es necesario el crear un vínculo claro con el niño que ha sido pesado, pero para ello es necesario que respete la relación jurídica realizada entre las partes y que sea reconocida por el Estado, y para que de existir problemas se demuestre la voluntad de las partes se necesita de un instrumento probatorio del inicio de esta situación jurídica, es ahí que lo dicho por el otro autor toma fuerza pues con ayuda del C.L.S. se deja demostrado el momento en que la gestante renunció a su bebé y solo se volvió una ayudante para un fin.

Por otra parte se debe volver a hacer hincapié en lo que es la G.S., el cual según Mercado (2019) es un método que utiliza la fertilización in vitro para que otra mujer gaste al feto de otra mujer que tiene problemas para realizarlo ella misma y Parada (2019) lo ve como un mecanismo por el cual se puede ayudar a personas con problemas de fecundidad para formar una familia y su importancia radica en que sin este método no habría posibilidad de que ellos experimenten de cierta forma toda la

etapa de la gestación de un niño pero tampoco podrían tener un hijo de otra manera aparte de la adopción.

Además, también se debe indicar el C.L.S. que es parte de la solución al problema planteado, este tipo de contrato es realizado por una persona independiente por el que el locador no se subordina al comitente y que, al cumplir la obligación plasmada en el contrato, el comitente deberá realizar el pago correspondiente y la importancia de este documento es que se plasmara en el mismo las voluntades de las partes al momento de la celebración del contrato, lo que dará garantía de su cumplimiento futuro.

Hay que añadir como parte del análisis las normas del derecho comparado, iniciando con México quien tiene un modelo de contrato establecido, teniendo un capítulo propio que especifica todas las cláusulas que se necesitan para la validez del contrato, el cual se asemeja a un contrato de prestación de servicio en el ordenamiento jurídico peruano, su contrato tiene dos puntos principales que se pueden aprovechar para la adaptación en el Perú; el primer punto es el que establece la existencia de un órgano que regula todos los nacimientos mediante esta técnica siendo la Secretaría de Salud del Gobierno que se encarga de formular un contrato de gestación que es validado mediante vía notarial, estipulando en su certificado de nacimiento tanto a la madre de intención como la madre gestante, la cual cede sus derechos a la anterior mencionada y como segundo punto importante es el que al existir un contrato el estado presume la existencia de la maternidad de la contratante puesto que implica una intención de criar al niño que se está gestando, contando este acto como una adopción completa una vez la gestante llegue al final de su embarazo, igualmente se puede señalar que en Brasil se tiene regulado una legislación donde las personas que presten su útero deberán ser mayores de edad, con salud

psicofísica y no tener enfermedades genéticas y deberán hacerlo de forma anónima y sin recibir ninguna remuneración por el servicio prestado, el cual estará establecida de forma escrita (contrato) y de retractarse de dicha donación podrán solicitar de regreso su material genético, en el caso de Uruguay ellos establecen en su ley que todos los contratos serán nulos ya sean onerosos o gratuitos si es que son con la finalidad de entregar al recién nacido a los padres de intención, a menos que la persona sea un familiar hasta el 2° grado de consanguineidad tanto de ella como de su pareja y que la mujer que solicito dicho servicio demuestre de manera fehaciente que tiene discapacidad para quedar embarazada con pruebas médicas dichos documentos se remitirán a una comisión especializada sobre el tema y si cumplen con estos requisitos Uruguay les dará la filiación al momento del nacimiento del bebé, si se menciona a Canadá solamente busca que la finalidad de la G.S. sea de manera altruista por parte de la gestante pero los padres de intención si deberán pagar los gastos que nacen a raíz del embarazo como los medicamentos, las consultas, las vitaminas y en los casos de pérdidas de días laborales por causa del embarazo se podrá pagar un monto máximo de \$22.000 dólares canadienses, en cualquier otra situación está terminantemente prohibido pagar, ofrecer o anunciar un pago para el servicio de gestación subrogada y de igual modo está prohibido comprar, vender o publicitar la venta de óvulos y esperma.

Como se puede apreciar en muchos países ya se usa los contratos como herramienta para manejar la G.S., es cierto que cada país tiene sus propias referente a el contrato, pero el punto en que se converge es que la G.S. es un servicio prestado por la gestante y que esa mujer está renunciando a su filiación con el feto que lleva en su cuerpo, por lo que se puede apreciar que el contrato más cómodo para adecuarse a esta figura en el Perú es el C.L.S.

Siguiendo con las entrevistas aplicadas, los diferentes doctores entrevistados consideran que la regulación de la G.S. se ha vuelto una necesidad latente en el país, ya que al realizarse la práctica de la gestación subrogada sin un órgano regulador esta se realiza de manera informal; por ese motivo se puede inferir que existen vacíos en la normativa vigente, más como indica una de los entrevistados se podría tomar como referencia una legislación comparada de otro país pero no debe ser un plagio que no se pueda adaptarse a la situación real del Perú, sino que debe proponer una legislación que esté en consonancia con la cultura actual y cabe señalar que los doctores concuerdan en que dicho modelo puede llegar a ser adecuado para la regulación de la G.S., ya que marca el principio y el final de la prestación ofrecida, adaptándose a las necesidades, la independencia del proveedor del servicio y la autonomía durante el proceso que brinda este contrato, por lo que los especialistas concluyen que la práctica de esta figura no afectará la situación social que atraviesa el Perú, pero ayudará a regular este método porque es necesaria una forma práctica de reconocer a aquellos gestados con esta técnica, para finalizar los entrevistados concuerdan que la figura no debería ser tratada como una relación laboral, sino que debería ser una relación que nazca del C.L.S. (locador y comitente), con respecto a la parte de si debería ser un servicio pagado o si debería ser altruista, los entrevistados están divididos entre ambas perspectivas, la mitad piensan que debería ser altruista y la otra que debería ser con una remuneración, ahora bien una de las entrevistadas que dijo que debería de ser altruista también explicó que en ciertas circunstancias debería ser con un pago para proteger a la gestante subrogada, por lo que se puede decir que después de realizar las entrevistas y analizar las respuestas la mejor manera de llevar a cabo la G.S. sería con una consecuente remuneración para que se dé seguridad a la gestante subrogada durante el proceso de embarazo.

Finalmente después de analizar e interpretar los datos planteados por las partes se puede señalar que la jurisprudencia nacional da una entrada para que se dé la promulgación de una normativa referente a la G.S., puesto que ellos mismos reconocen la problemática de la falta de regulación de la misma y señalando que al hacerla por fin se estaría respetando los diversos derechos fundamentales de las personas involucradas y del niño, pero además se puede interpretar después de todos los datos recabados que esta figura podría realizarse mediante una modalidad contractual al contar con una estructura específica para una correcta tipificación, pero que además si es factible que se celebre un contrato locación de servicios puesto que en este tipo de contratos no existe como tal una relación laboral entre las partes sino el deber de cumplir con un determinado servicio por un periodo determinado de tiempo y teniendo el locador una autonomía al momento de la realización del servicio prestado, por lo que no se está desnaturalizando a la mujer como un negocio jurídico, sino que se está respetando su autonomía como persona y mujer y asimismo los comitentes deberán cumplir con sus propias obligaciones pactadas en ese documento, logrando que sea seguro para las partes, ahora si se trata el punto de si el servicio debería ser oneroso o altruista se concluyó que aunque la mayoría de países lo plantea de forma altruista se considera que este contrato sea celebrado de forma onerosa, en el sentido que nunca se sabe lo que pueda pasar durante y después del embarazo, puede que el pago no cubra las complicaciones si es que aparecieran, pero si ayudará a que la carga no sea tan pesada para la gestante subrogada.

Respecto a el problema específico 1 que trata sobre la interpretación del derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes, se puede decir que cuando la pareja decide utilizar la G.S. está haciendo uso directo de

su derecho a la reproducción, derecho que le permite decidir libremente el método por el cual llevará a cabo la gestación de su hijo, por lo que siguiendo esa idea prosiguen a buscar a una mujer que lleve a cabo dicho procedimiento, y al encontrar a dicha persona llegan a converger en un acuerdo de voluntades, con el cual los comitentes hacen una oferta en la cual está plasmada la libertad contractual de la pareja y al ser aceptada se iniciara con el proceso de la G.S.

Con respecto a los antecedentes nacionales se puede nombrar a Aco (2020) quien reconoce que al no regular la figura de la G.S. se está vulnerando diferentes derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la reproducción, por lo que se vulnera la libertad con la que se puede llevar la vida de las personas, asimismo, con respecto a los antecedentes internacionales Torres (2018) concluye que el contrato de subrogación de vientre es el medio por el cual se da por cancelado la filiación entre la gestante y se la dan a los padres de intención, pero acepta que se debe respetar la autonomía de voluntad de las partes al momento de celebrar y perfeccionar el contrato.

De lo dicho por el doctor se puede decir que el contrato debe seguir los principios básicos de los contratos dándole libertad a las partes contratantes de seguir su libre voluntad al momento de determinar las partes que se plasmarán en el contrato, dicho principio se llama libertad contractual por el cual se garantiza y reconoce que el las partes pacten regla que les sean más convenientes siempre cuando sigan las normas actuales y que además no vaya contra las leyes imperativas.

Reale (1998) nos explica que la dimensión sociológica, por su parte, se enfoca en cómo las normas jurídicas son adoptadas y aplicadas por la sociedad y cómo influyen en ella. Por último, la dimensión valorativa o axiológica se enfoca en la relación entre la norma jurídica y los valores sociales, éticos y políticos que están

detrás de ella. En conjunto, estas dimensiones permiten una comprensión más completa del derecho y su impacto en la sociedad. Por lo que la jurisprudencia puede permitir la correcta interpretación del derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes al establecer límites y condiciones en el ejercicio de dicha libertad.

Torres (2018) en la teoría de la G.S. como un C.L.S. explica que la figura de la subrogación de vientre surge a través del contrato, el cual es regulado en el país del autor. El contrato de subrogación de vientre permite a los padres de intención obtener el parentesco legal del niño, siempre y cuando se respete la autonomía de todas las partes involucradas. Lo más importante en este contrato es romper el vínculo gestacional entre la mujer que gesta el embrión y el feto que lleva en su vientre. En España, la G.S. está regulada como un contrato y se establece que la mujer que dona su óvulo o decide gestar el embrión por 9 meses debe renunciar a sus derechos y obligaciones maternales al momento del nacimiento, para evitar conflictos futuros sobre el parentesco del niño.

Arminta (2021) en la teoría de la G.S. como un C.L.S. expresa que es necesario regular las TERAS mediante un C.L.S. y que este contrato debe incluir información detallada sobre la técnica utilizada, los roles de cada parte, los requisitos para los donantes, los riesgos del proceso, la remuneración económica, los parámetros legales y el consentimiento de todas las partes involucradas. Esta regulación es importante para proteger los derechos de todas las personas involucradas en el proceso de reproducción asistida y para garantizar que se lleve a cabo de manera ética y legal.

Según el Instituto Interamericano de Derechos Humanos en 2008, los derechos reproductivos son dinámicos y se han ampliado con el tiempo. Uno de los aspectos

clave de estos derechos es la capacidad de tomar decisiones libres sobre su propio cuerpo, lo que está conectado con una serie de derechos fundamentales, como el derecho a la vida, la salud, la libertad, la seguridad personal, la igualdad y la no discriminación, el matrimonio y la formación de una familia, el empleo y la seguridad social, la información adecuada y oportuna, y la eliminación de costumbres discriminatorias contra las mujeres. En general, estos derechos son esenciales para garantizar la dignidad, autonomía y bienestar de las personas y deben ser protegidos y promovidos por la sociedad y los estados.

De acuerdo con Castrillón (2017), la libertad contractual se refiere a la capacidad de las partes involucradas en un contrato para establecer los términos del acuerdo basados en su voluntad autónoma. Es a través de la expresión de esta voluntad que se construyen los términos del contrato, lo que permite a los sujetos involucrados en la relación jurídica excluir total o parcialmente las normas jurídicas aplicables en determinadas circunstancias. En otras palabras, los acuerdos adoptados en el contrato son vinculantes y deben ser cumplidos debido a la facultad que tienen las partes para establecer los términos del contrato de manera autónoma.

La jurisprudencia puede ser un instrumento importante para garantizar que la libertad contractual de los comitentes en el ejercicio del derecho a la reproducción se ejerza de manera responsable y equilibrada, y que se respeten los derechos humanos fundamentales de todas las partes involucradas.

En el ordenamiento jurídico peruano se tiene prescrito y protegido la libertad contractual, la cual se encuentra comprendida en el numeral 14 del artículo 2 de la constitución política del Perú en la cual prescribe que todo termino planteado dentro del contrato debe enmarcarse en un fin lícito y que no contravenga las normas del ordenamiento peruano, pero además en su artículo 62 señala que todos los contratos

son protegidos por este derecho mientras estén dentro del parámetro mencionado anteriormente por otro lado en el artículo 1354 del código civil peruano establece que la libertad contractual es cuando las partes pueden pactar de manera libre todas las reglas dentro del contrato pero están deben seguir en estricto las reglas de superior jerarquía.

En ese sentido se puede decir también que las personas que hacen uso de la G.S. también hacen uso de su derecho reproductivo, pero como para ello deberán hacer uso de un contrato se utilizará la libertad de contratar y la libertad contractual para llevar a cabo ese procedimiento, por lo que dichos derechos están íntimamente ligados en esta figura.

En la jurisprudencia 06374-2016-0-1801-JR-CI-05 la corte superior de justicia hace reconocimiento directo a el derecho de la pareja de reproducirse usando técnicas de reproducción asistida indicando que es absurdo que se permita el uso de las TERAS pero que después de tener un resultado que es positivo no se reconozca la filiación, asimismo en la jurisprudencia aclaran que no existe prohibición alguna para celebrar contratos sobre la G.S. por lo que la libertad contractual permite que las parejas puedan realizar dicho documento para regular el acto jurídico que se está realizando.

En cuanto a las entrevistas realizadas los doctores en su totalidad están de acuerdo en el uso del C.L.S. para regular esta figura en ese sentido se puede inferir que están de acuerdo con dos cosa primero que los padres tienen libertad al decidir la manera en la que se van a reproducir puesto que les están dando la libertad de realizar un contrato en la que se establezcan la forma en la que van a realizar una familia y como segundo punto ellos también tienen que haber aceptado por el hecho

de realizar un C.L.S. tiene la libertad contractual de las partes puesto que el contrato no existe sin este derecho el cual está consagrado en el artículo 1364 del código civil.

En conclusión, la jurisprudencia juega un papel fundamental en la correcta interpretación del derecho a la reproducción en relación con la libertad contractual de los comitentes. A través de su función de interpretar y aplicar las leyes y normas aplicables en casos específicos, la jurisprudencia puede ayudar a aclarar cuestiones sobre el alcance de la libertad contractual en relación con la reproducción asistida, así como las posibles limitaciones que deben ser consideradas. Además, la jurisprudencia puede definir la responsabilidad de las partes en el cumplimiento de los términos del contrato y en la solución de posibles disputas.

Respecto a el problema específico 2 que trata sobre la identidad de la madre de intención tiene una connotación importante en los casos de la G.S. ya que este tipo de situaciones al no compartir un vínculo sanguíneo se pueden tener a futuro distintos problemas al momento de la entrega del bebé. Por lo que, al existir una relación contractual entre la madre de intención y la locadora, quien llevara a término el embarazo y dará a luz al niño, el carácter personalísimo de la prestación por parte de la locadora implica que ella es la única persona que puede cumplir con el objeto del contrato por lo que la protección de los derechos del menor estaría garantizada ya que se debe establecer quien es la madre legal y la biológica.

En cuanto al análisis de investigación a nivel nacional se considera al autor Arauco (2021) se expone referente a las razones por las que el Perú aún no regula la práctica de la G.S. a pesar de ser un método que utilizan las personas con problemas de infertilidad, la cual es considerada una enfermedad por la OMS y por lo que se debería brindar el libre acceso a cualquier técnica que consideren conveniente para crear una familia. Es por ello que mediante los avances de la tecnología se van

brindando herramientas para que las personas infértiles puedan utilizar estos mecanismos, es en ese sentido que el Estado debería proteger a todos los involucrados brindando normas que garanticen primordialmente el interés superior del niño, la investigación concluyó que la mejor solución para que se pueda luchar contra los problemas ocasionados por la falta de legislación es instaurándose, protegiendo a todos los que interviene en el procedimiento. Asimismo, Ramírez (2019) en su investigación concluye que si el Estado continúa sin regular la figura de la G.S. se está en un punto donde se causa un daño a los derechos fundamentales, específicamente con el derecho que busca el interés superior del niño, así como a sus derechos a la dignidad, a tener una identidad determinada y una filiación que no se ponga en duda después de nacer. Como dijo el autor existen varios derechos fundamentales vulnerados, pero centrándonos en los derechos que recaen sobre el menor gestado con estas técnicas, quien es la víctima inocente de las circunstancias por la falta de regulación, se puede establecer que se está vulnerando el interés superior del niño puesto que al no establecer de forma clara la filiación no saben quiénes son sus padres ni tampoco cuál es su identidad.

En relación con los antecedentes internacionales se tiene la tesis que se realizó en Colombia por el autor Rosero (2018) en su análisis concluyó que al avanzar la tecnología han aparecido nuevas técnicas de reproducción como una alternativa para aquellas parejas con problemas de infertilidad, estas pueden optar por tener hijos de una manera no convencional, creando un nuevo problema legal conocido como a "G.S.". Al no existir una regulación, afecta directamente los derechos de la familia y de los niños, por lo que mediante la existencia de un contrato se puede llegar a generar una relación de hacer y crear una obligación jurídica de derechos intransferibles para la gestante madre. Por lo que se puede suponer que las parejas

al optar por esta práctica crean un nuevo problema jurídico que aún se encuentra con opiniones confrontadas, por un lado están los que piensan que se está tratando a las mujeres como objetos y por el otro se encuentran con una postura que ve este mecanismo como una solución para una situación que se escapa del control, como es la infertilidad en las parejas que quieren formar familia, por lo que las leyes deben evolucionar a las nuevas prácticas que se están creando, lo cual se ampara con los derechos universales.

En cuanto al uso de las teorías generales para analizarla siguiente problemática, se puede indicar a Alexy (1993) en su teoría explica que en el caso de la falta de una norma específica que regule ciertos aspectos de la vida de las personas, se puede recurrir a los derechos fundamentales para encontrar una solución. En definitiva, es importante tener en cuenta que los derechos fundamentales tienen una gran importancia en la protección de la dignidad humana y en la garantía de una vida plena y satisfactoria para todas las personas.

En cuanto a las teorías específicas, Viteri (2019) en su teoría que da primacía de la maternidad de las madres de intención se explica que se busca reconocer la identidad de la madre de intención como una figura que no necesariamente se relaciona con el feto por medio del embarazo. Esta postura defiende la voluntad de estas mujeres y busca reconocer su maternidad independientemente del proceso biológico del embarazo. En otras palabras, se busca reconocer a la madre de intención como una figura que ha luchado con todos los medios posibles para ser madre y que ha encontrado en el alquiler de vientres una alternativa válida para lograrlo.

Haciendo un énfasis en Méndez (2018) quien destaca la importancia de contar con una estructura familiar clara en la formación de la identidad personal de un

individuo. Esto se debe a que las figuras parentales y el vínculo afectivo con la madre son fundamentales para la construcción de la identidad y la autoestima. También es importante resaltar el carácter personalísimo Castillo (2021) explica que el carácter *intuitu personae* en el C.L.S. se refiere a que el locador es seleccionado por sus características especiales o habilidades únicas, y no puede ser sustituido en su trabajo principal. En otras palabras, el locatario espera que el locador, por sus cualidades especiales, brinde un servicio de calidad y exclusivo.

Por lo que la interpretación del establecimiento de la identidad de la madre de intención en relación con el carácter personalísimo prestado por la locadora del vientre es compleja y puede variar dependiendo del contexto y de los valores culturales y legales implicados en cada caso específico. En cualquier caso, es necesario tomar en cuenta la importancia de proteger tanto los derechos de la madre gestante como los derechos de la madre de intención y del niño nacido a través del proceso de la G.S.

En relación a las bases jurídicas, doctrinarias y jurisprudenciales se puede indicar que el carácter personalísimo en un contrato se puede apreciar en la sentencia T-209-06 de Colombia la cual hace énfasis en la importancia del proceso de contratación es elegir la oferta más adecuada y beneficiosa, teniendo en cuenta las características del contratista, para celebrar un contrato que se debe cumplir. En el caso de los contratos administrativos, el concepto de *intuitu personae* se refiere a aquellos contratos en los que la identidad y personalidad del contratista son fundamentales para la ejecución del contrato. La Administración Pública elige a un contratista en particular por su capacidad técnica y económica, así como por su identidad y personalidad específicas, lo que significa que el cumplimiento del contrato depende directamente de su presencia y actuación. Sin embargo, en el caso de la

Dirección de Inteligencia del Ejército Nacional, se utilizó la ley de manera incorrecta para obtener una ventaja sancionadora, otorgando un contrato que se sabía era imposible de cumplir, lo que ignoró la verdadera finalidad del proceso de contratación.

En cuanto al caso chileno mencionado por la entrevistada el cual es una jurisprudencia sobre la sentencia del expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, en la sentencia se realiza un análisis exhaustivo sobre la G.S. y la filiación de los padres de intención, realizando un observación exhaustiva de los actuados en el proceso, la RENIEC alega que ninguno de los demandantes tienen la facultad de representar a los menores, y el juzgado está de acuerdo con dicho planteamiento en parte, la gestante tiene la facultad de representar a los menores que dio a luz y los demás participantes de la demanda son parte del proceso porque actúan a título personal, pero también reconocen que la misma RENIEC está causando este problema, lo que no solo causa una vulneración a la necesidad que tienen esos menores a la representación legal sino también a su tutela, todo esto únicamente por ser gestados por una TERAS, como se puede ver que los menores terminaron siendo víctimas de las circunstancias en las que nacieron, al no contar con un representante legal siendo recién nacidos los deja indefensos ante esta sociedad.

La Sentencia también establece en su análisis que Ballesteros – Nieves al no contar con una filiación legal y tener a los niños bajo su protección, tienen que tener cuidado al transitar por la vía pública por que podrían acusarlos de cargos penales, la pareja Rojas-Lázaro la cual le brindó el apoyo para gestar al menor también ve sus derechos vulnerados, la señora debe interrumpir sus obligaciones para ayudar con los controles médicos de los menores y también pueden ser denunciados, lo que se puede diluir de esta situación para ambas partes es que se está vulnerando sus derechos a la libre personalidad, a la realización de su vida privada y familiar y la

vulneración a su derechos sexuales y reproductivos, con respecto a los menores se atenta además a sus derechos a la identidad, al derecho al libre desarrollo de sus personalidades y al principio de interés superior del niño.

En lo que concierne a las entrevistas aplicadas a diferentes doctores los cuales consideran que la implementación de la gestación subrogada tiene una base tanto internacional como nacional para la implementación en el país, puesto que no se puede negar que la práctica de la G.S. se viene realizando y no al no tener una regulación específica los jueces aplican diferentes principios para hacer justicia para estos casos. Teniendo en consideración que los derechos humanos como madres, el derecho a dar vida y tomando en cuenta que los jueces tienen derecho a legislar las problemáticas judiciales de la realidad que se está viviendo y además ellos no pueden detener la aplicación de la ley cuando existen lagunas en la ley, por lo que solo pueden resolverse con principios y derechos fundamentales, lo que genera dificultades para el poder judicial.

Finalmente, con las afirmaciones anteriormente planteadas se puede reafirmar que el concepto de identidad de la madre de intención se relaciona directamente con el carácter personalísimo, ya que la construcción de la identidad de una persona depende en gran medida de su vínculo afectivo con las figuras parentales, especialmente con la madre. En el caso de los contratos de locación de servicios para la G.S., es importante tener en cuenta el carácter *intuitu personae*, ya que el locador es seleccionado por sus habilidades y características personales únicas, y su sustitución podría afectar negativamente la calidad del servicio prestado y la construcción de la identidad del niño gestado. Por lo tanto, es necesario encontrar un equilibrio entre los derechos de la madre de intención y los derechos del niño gestado,

para garantizar que se respete el carácter personalísimo y se promueva el bienestar del menor.

En ese sentido se puede ver que la falta de regulación de esta figura no solo trae problemas personales sino también legales por la falta del reconocimiento de sus derechos, situación que se revertiría de manera rápida con la implementación de normas sobre el tema.

5.2. Conclusiones

Primera. – El C.L.S. es una herramienta que se puede incorporar para llevar a cabo la G.S., teniendo como base las jurisprudencias citadas en la presente investigación, específicamente en una se reconoce los derechos de los padres de intención tales como, su derecho a la salud reproductiva, su derecho a formar una familia, el derecho a su dignidad y se reconoce que la voluntad de ellos dio el inicio al nacimiento de esas nuevas vidas, etc., así como también recalcan que lo mejor para el menor sería el crecer con los padres que deseaban su nacimiento desde el inicio, cabe señalar que el C.L.S. tiene la estructura que mejor se acomoda a las necesidades de las partes involucradas, tal como los investigadores que se han citado en los antecedentes los cuales indicaron que este tipo de contrato marca tanto el principio como el final de la prestación del servicio que se está brindando, teniendo la parte que ofrece el servicio la autonomía de decidir de qué manera va proveer el servicio sin estar subordinado a la otra parte. Una parte importante de establecer el C.L.S. al momento de realizar el procedimiento de la G.S. es que sirve como herramienta legal para demostrar la voluntad inicial de las partes, en pocas palabras es un documento que demuestra el cómo se dieron los hechos desde un inicio y con el cual se pueden proteger los intereses de ambas partes, en primer lugar al establecer los parámetros del servicio de la G.S. se expone explícitamente que la

gestante subrogada romperá lazos legales y maternos con el recién nacido y que se realizara una filiación traslativa a favor de los padres de intención, pero no solo protege los intereses de esa parte sino también los de la gestante subrogada, como se mencionó en una de las entrevistas, uno de los entrevistados dio el alcance de un caso donde los padres de intención contrataron a una gestante subrogada para llevar el embarazo pero al nacer los niños no se encontraban sanos por lo que decidieron abandonarlos dejando a la gestante subrogada con toda la obligación, y por último también se está protegiendo los derechos del menor con respecto a su identidad, dignidad, el interés superior del niño y su integridad física, psicológica y emocional, porque se deja en claro quiénes son los padres desde el inicio, con ello se evita que se vulnere los derechos de todas las partes involucradas.

Segunda. – El derecho reproductivo de las parejas en general es respetando sus métodos al momento de formar una familia, derecho que se tiene protegido por la constitución, por normas internacionales y por la jurisprudencia nacional, por el derecho a la reproducción, cuando se entra al uso de las TERAS o en específico a la G.S. se sabe bien que se planteara mediante un contrato respetando la libertad contractual puesto que podrá acordar de manera libre la forma en la que ambas partes lleguen a un acuerdo, por lo que se puede decir que es parte fundamental para hacer valer su derecho reproductivo ya que se encuentra protegido en normas internacionales, el hecho de que estas prácticas no estén permitidas o reguladas en el Perú solo puede perjudicar a las mujeres infértiles y/o estériles, no solo no hay protección cuando se realizan contratos sobre la materia jurisdiccional para madres gestante, genética o de intención. Una herramienta necesaria para demostrar el vínculo existente entre los padres de intención y el bebé gestado mediante esta técnica de reproducción es el C.L.S., puesto que los derechos reproductivos están

asociados a los derechos y libertades que derivan de los derechos humanos reconocidos internacionalmente y la libertad contractual en el C.L.S. no sólo tiene en consideración las cuestiones de propiedad, sino también el acuerdo de dos partes y entre ellas sobre cualquier asunto que sea lícito al ordenamiento jurídico, y demuestra también que los referidos derechos están garantizados por la constitución política del Perú. Siendo esta una forma de expresar su libertad reproductiva y contractual con legalidad bien fundamentada y protegida, como se confirmó en la sentencia amparo del exp. 06374-2016-0-1801-JR-CI-05, jurisprudencia que ampara los objetivos de esta investigación, en el que respetaron su libertad reproductiva y contractual plasmada en el contrato que celebraron y donde se confirmó su filiación con los menores del caso en cuestión.

Tercera. – Un principio que se utilizó por muchos años el de *Mater Semper Certa Est*, el cual significa que la Maternidad siempre era cierta, pero actualmente este principio ha ido perdiendo validez porque con las tecnologías ya la madre que gesta y da a luz no siempre es la madre biológica o de intención; en países donde si existe leyes sobre esta figura, como se conoce este procedimiento necesita de una mujer para llevar a cabo la gestación, es ahí donde los padres de intención después de una larga meditación escogen a la mujer que la realizara, en especial porque en algunos las mismas donan sus óvulos para procrear al bebé por lo que los padres de intención dan toda su confianza en las aptitudes y características personales de la gestante, haciendo de este un servicio de carácter personalísimo e inderogable a otra mujer, como ve en los datos recabados muchos países ponen como requisito que la gestante sea familia de los padres de intención por lo que se limita las opciones para escoger a la gestante, el punto clave recae en que aun cuando la gestante brinde la parte biológica y/o genética al llevar a cabo este servicio de carácter personalísimo

no se vulnere el derecho de la madre de intención y se reconozca que la persona que dio inicio y que quiere criar, cuidar, educar y ver crecer al menor gestado es la madre de intención y no la gestante. En otros países donde ya normaron la G.S. si se reconoce la filiación de las madres de intención, encontrándose en algunos casos establecido en los certificados de nacimiento de los bebés especificando quien es su madre gestante y quien es su madre de intención para evitar problemas futuros, y aunque la gestante brinda un servicio de carácter personalísimo los países reconocen la maternidad de la madre de intención sobre la de la gestante, es así que se ve con la aparición de las normas se comienza a reconocer la identidad de la madre intención, quien hace todo en su poder para poder formar familia con este método, en ese sentido el Perú al no tener norma sobre el tema crea una vulneración en los derechos de las madres de intención porque no reconocen su maternidad. En la actualidad únicamente se dispone de dos jurisprudencias registradas sobre el tema, una donde casi denuncian a los padres de intención a raíz de este vacío legal por qué no reconocieron su filiación, aunque en este caso específico los padres de intención y la gestante estaban de acuerdo en dar la filiación a los padres de intención y en la otra jurisprudencia al no tener una filiación exacta los padres de intención tuvieron que optar por un proceso de adopción de su propio hijo mientras sufrían amenazas de que se lo quitarían sino le pagaban más dinero, con estas bases jurisprudenciales que van de la mano con los derechos reconocidos por la constitución y por las convenciones internacionales es que se obtienen las bases para reconocer la maternidad de la madre de intención sobre la de la gestante, y por lo mismos casos mencionados es que se ve la importancia de normar esta figura para hacer valer los derechos tanto de la madre de intención como del padre y no solo proteger sus derechos sino también dar seguridad jurídica a las personas que usen este método.

5.3. Recomendaciones

Primera. – Se recomienda al Estado que plantee una normativa que proteja los derechos de las personas infértiles y estériles que utilizan este método para formar una familia, la G.S. es una realidad que ya se vive actualmente y no se puede hacer de la vista gorda de la misma. En ese sentido se manifiesta que la mejor manera de regular y establecer esta relación jurídica es planteando esta figura dentro de un C.L.S., el cual servirá como herramienta legal para establecer el inicio y el final de la relación, dicho contrato deberá tener como clausula especifica el romper la filiación con la gestante subrogada y ceder los derechos maternos a la madre de intención, ahora bien se debe tener en cuenta si la gestante subrogada cuenta con la edad mínima y máxima necesaria para gestar, que tampoco tenga enfermedades hereditarias, genéticas ni infecciosas, para lo cual dejamos planteado un proyecto de ley que enmarca las diversas ideas que se propone.

Segunda. – La G.S. es un proceso por el cual una mujer presta su útero para llevar a un feto por un máximo de 9 meses (40 semanas), se sabe que este es un proceso que no solo es delicado para el feto sino también para la gestante por lo que se recomienda a los padres de intención que explícitamente al momento de realizar el contrato se le asegure un pago durante todo el tiempo que dure el servicio y de igual se compre una póliza de vida por el tiempo de los 9 meses por si ocurre algún problema médico a raíz del embarazo que pueda poner en riesgo a la gestante tanto durante el embarazo como en el parto, además se incentiva a los padres de intención con que corran con los gastos generados por el embarazo tales como las citas médicas, las vitaminas necesarias para el embarazo, el costo del parto y cualquier gasto o daño a la vida personal y laboral de la gestante subrogada, así como que la gestante exija o se le reconozca desde un inicio dichas sumas monetarias.

Tercera. – En las legislaciones comparadas, opiniones de algunos juristas se ve que plantean que la G.S. sea realizado con un familiar, pero en el criterio que se tiene después de realizar esta investigación se recomienda a los padres de intención todo lo contrario, puesto que en la casación 563-2011 se vio justamente el caso de una pareja que le pidió a la mujer de su sobrino que gestara al feto, al inicio todo iba normal pero esta pareja decidió comenzar a amenazarlos de que si no les pagaban más les quitarían al recién nacido, por lo que no solo creo problemas entre las partes sino también en toda la familia, es ese sentido que se recomienda que se haga con una tercera persona como lo propone la legislación Brasileña para evitar conflictos no solo legales sino familiares, así mismo si el feto es gestado por un familiar cuando crezca puede ser confundido con respecto a su propia identidad al no tener muy claro quién es su madre, si la madre que lo crio o la que lo gesto.

REFERENCIAS

- Aco, C. (2020). *Regulación de la maternidad subrogada y protección al proyecto de vida en mujeres infértiles, Arequipa, 2019* [Tesis de pregrado, Universidad Tecnológica del Perú]. Repositorio Institucional UTP. https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/3587/Carmen%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Alexy, R. (1993). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales. <http://arquimedes.adv.br/livros100/Teoria%20de%20los%20Derechos%20Fundamentales-Robert%20Alexy.pdf>
- Aguilar, A. (2008). El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, 6(1), 223-247. <https://www.redalyc.org/pdf/820/82060110.pdf>
- América Noticias. (2018, 18 junio). *El 15% de parejas en el Perú tienen problemas de infertilidad*. América Noticias. <https://www.americatv.com.pe/noticias/actualidad/15-parejas-peru-tienen-problemas-infertilidad-n326586>
- Arauco, J. (2021). *Implementación del embarazo subrogado en el Perú* [Tesis de pregrado, Universidad de Huánuco]. Repositorio Institucional UDH. <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2918/ARAU%20INGUNZA%20C%20JESSICA%20ROSARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arias, F. (2006). *Mitos y errores en la elaboración de tesis y proyectos de investigación* (3ª ed.). Editorial Episteme. https://www.researchgate.net/publication/49502118_Mitos_y_errores_en_la_elaboracion_de_tesis_y_proyectos_de_investigacion

Arminta, K. (2021). *La regulación de las técnicas de reproducción asistida humana (TERAS) y los protocolos obligatorios de estudio de los cedentes y usuarios relacionados para el diagnóstico médico idóneo, la protección fetal y la protección pediátrica* [Tesis de pregrado, Universidad Andina del Cusco]. Repositorio Institucional UAC. https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4465/Karen_Tesis_bachiller_2021.pdf?sequence=1

Arteaga, C. (2021). *La desnaturalización de los contratos de locación de servicios en los casos de locadores que realizan funciones de obreros en la Municipalidad provincial del Callao* [Tesis de pregrado, Universidad Ricardo Palma]. Repositorio Institucional URP. https://repositorio.urp.edu.pe/bitstream/handle/URP/3846/DER-T030_71709035_T%20%20%20ARTEAGA%20CARHUAMANCA%20CRISTIAN%20EDUARDO.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Avalos, C. (2017). *La maternidad subrogada y el interés superior del niño. Ecuador, 2017* [Tesis de pregrado, Universidad Técnica de Ambato]. Repositorio Institucional UTA. <https://repositorio.uta.edu.ec/jspui/handle/123456789/25318>

Ávalos, J. (2013). *Derechos reproductivos y sexuales*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3568/38.pdf>

Arvelo, L. (2004). Maternidad, paternidad y género. *Otras Miradas*, 4(2), 92-98. <https://www.redalyc.org/pdf/183/18340203.pdf>

Bernal, C. (2010). *Metodología de la investigación* (3ª ed.). Pearson Educación. <https://abacoenred.com/wp-content/uploads/2019/02/El-proyecto-de-investigaci%C3%B3n-F.G.-Arias-2012-pdf.pdf>

- Brantt, M. y Mejías, C. (2018) El contrato de servicios como categoría general en el derecho chileno. Su contenido y rasgos distintivos. *Revista Ius et Praxis*, 24(3), 583-618. <https://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v24n3/0718-0012-iusetp-24-03-00583.pdf>
- Brugo-Olmedo, S., Chillik, C. y Kopelman, S. (2003). Definición y causas de la infertilidad. *Revista Colombiana de Obstetricia y Ginecología*, 54(4), 227-248. <http://www.scielo.org.co/pdf/rcog/v54n4/v54n4a03.pdf>
- Cabezas, E., Andrade, D. y Torres, J. (2018). *Introducción a la metodología de la investigación científica*. Universidad de las Fuerzas Armadas ESPE. <http://repositorio.espe.edu.ec/jspui/bitstream/21000/15424/1/Introduccion%20a%20la%20Metodologia%20de%20la%20investigacion%20cientifica.pdf>
- Cárdenas, R. (2015). *El derecho a la identidad biológica de las personas nacidas mediante reproducción asistida en la doctrina, jurisprudencia y legislación peruana*. *Persona y Familia*, 4(1), 47-65. http://www.unife.edu.pe/facultad/derecho/R_2015.html
- Carrasco, M. (2020). *Contratos de locación de servicios como fraude laboral en la gerencia sub regional de Cutervo, año 2018* [Tesis de pregrado, Universidad Señor de Sipán]. Repositorio Institucional USS. <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8012/Carrasco%20Contreras%2C%20Mar%C3%ADa%20Ana.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo, M. (2017). *Derecho de las obligaciones*. Fondo Editorial PUCP <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170669/13%20Derecho%20de%20las%20obligaciones%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Castillo, R. (2021). *Tratado de los contratos típicos tomo II*. Gaceta Jurídica.

Castrillón, V. (2017). La libertad contractual. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, 58(250), 155–181.

<https://doi.org/10.22201/fder.24488933e.2008.250.60936>

Chaname, R. (2016). *Diccionario jurídico moderno* (10ª ed.). Grupo Editorial Lex & Iuris.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018). *Derechos sexuales y reproductivos: un asunto de derechos humanos*. Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-04/40_Cartilla-Derechos-sexuales-reproductivos.pdf

Congreso Constituyente Democrático. (1993, 29 de diciembre). Constitución política del Perú. *Diario Oficial El Peruano*.

<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0001/1-constitucion-politica-del-peru-1.pdf>

Congreso del Estado libre y soberano de Tabasco. (1997, 9 de abril). Decreto 205. Código civil para el Estado de Tabasco. *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*.

https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/LGBTTTI/CodCivilFam/27Codigo_CE_Tab.pdf

Congreso del Estado libre y soberano de Sinaloa. (2013, 6 de febrero). Decreto 742. Código familiar del estado de Sinaloa. *Periódico Oficial del Estado de Sinaloa*.

<https://armonizacion.cndh.org.mx/Content/Files/DMVLV/LMF/SIN-CF.pdf>

Congreso de la República. (1997, 15 de julio). Ley 26842. Ley general de salud. *Diario Oficial El Peruano*.

www.essalud.gob.pe/transparencia/pdf/publicacion/ley26842.pdf

- Conselho federal de medicina. (2021, 15 de junho). Resolução CFM nº 2.294 de 2021 adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida. *Diário Oficial da União*
https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2021/2294_2021.pdf
- Cornejo, C. (2011). Algunas consideraciones sobre la contratación laboral. *Derecho & Sociedad*, (37), 138-150.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/13167>
- Corte Constitucional. (2006). *Sentencia T-209-06*.
<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2006/T-209-06.htm>
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf
- Corte superior de justicia de Lima. (2017). *Resolución 05 del expediente 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Sala de casación constitucional.
https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2017/04/Descargue-aqu%C3%AD-en-PDF-la-sentencia-que-ordena-a-Reciec-a-reconocer-como-padres-a-pareja-que-alquil%C3%B3-vientre-Legis.pe_.pdf
- Corte suprema de justicia de la república. (2011). *Sentencia casatorio 563-2011*. Sala civil permanente. <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2021/03/Casacion-563-2011-Lima-LP.pdf>
- Duque, A. (2008). Una revisión del concepto clásico de contrato. Aproximación al contrato de consumo. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 38(108), 453-479. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2915364>

El telégrafo. (2019, 28 octubre). *Dos países regulan la práctica en Sudamérica*. El telégrafo el decano digital.

<https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/sociedad/6/dos-paises-regulan-ventre-alquiler>

Escudero, C. y Cortez, L. (2018). *Técnicas y métodos cualitativos para la investigación científica*. Editorial UTMACH.

<http://repositorio.utmachala.edu.ec/bitstream/48000/14207/1/Cap.1-Introducci%C3%B3n%20a%20la%20investigaci%C3%B3n%20cient%C3%ADfica.pdf>

Gallardo, E. (2017). *Metodología de la investigación*. Universidad Continental. https://repositorio.continental.edu.pe/bitstream/20.500.12394/4278/1/DO_UC_EG_MAI_UC0584_2018.pdf

Gamarra, J. (2018). *Hacia una regulación de la problemática del vientre subrogante en el Perú y el derecho de familia* [Tesis de pregrado, Universidad de San Agustín de Arequipa]. Repositorio Institucional UNSA. <http://repositorio.unsa.edu.pe/bitstream/handle/UNSA/7927/DEMgasejm.pdf?sequence=3&isAllowed=y#:~:text=La%20gestaci%C3%B3n%20por%20sustituci%C3%B3n%20o,ser%20padres%20biol%C3%B3gicos%20o%20no.>

Gómez, S. (2012). *Metodología de la investigación*. Red Tercer Milenio https://www.aliat.click/BibliotecasDigitales/Axiologicas/Metodologia_de_la_investigacion.pdf

González, B. (2015). *Maternidad subrogada: realidad actual, problemas y posibles soluciones* [Tesis de pregrado, Universitat Miguel Hernández]. Repositorio Institucional UMH. [http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%](http://dspace.umh.es/bitstream/11000/2309/1/Gonz%C3%A1lez%20Pineda%20et%20al%202015.pdf)

20Borja.pdf

González, M., Hernández, A. y Viñas, G. (2009). *Cómo ser mejor estudiante*. Editorial Universitaria. <https://docer.com.ar/doc/sncnn8s>

González, P. (s.f.). *Investigación cualitativa - eje 3 pongamos en práctica*. Fundación Universitaria del Área Andina. https://digitk.areandina.edu.co/bitstream/handle/areandina/2575/RP_eje3.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Gorina, A. y Alonso, I. (2013). Modelo de la dinámica formativa del procesamiento de la información en las investigaciones sociales. *Revista Didasc@lia: didáctica y educación*, 4(1), 31-56. <https://revistas.ult.edu.cu/index.php/didascalia/article/view/153/151>

Kelsen, H. (1982). *Teoría pura del derecho* (2ª ed.). Universidad Nacional Autónoma de México. https://aulavirtual4.unl.edu.ar/pluginfile.php/7570/mod_folder/content/0/Teor%C3%ADa%20pura%20del%20Derecho%20-%20Kelsen.pdf?forcedownload=1

Hernández, F. (2019). *La renuncia a la maternidad en el momento del parto* [Tesis de pregrado, Universidad de Almería]. Repositorio Institucional UAL. http://repositorio.ual.es/bitstream/handle/10835/7859/1618_TFG_HERNANDEZ%20HERNANDEZ%2c%20FRANCISCO%20JOSE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Hernández, R., Fernández, C. y Baptista, M. (2014). *Metodología de la investigación* (6ª ed.). McGraw-Hill. <https://www.uca.ac.cr/wp-content/uploads/2017/10/Investigacion.pdf>

Hernández, S. (2018). *El cambio en el modelo tradicional de maternidad: desde la familia en el derecho romano a la actual gestación por sustitución* [Tesis de

pregrado, Universidad de La Laguna]. Repositorio Institucional ULL.
<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/9520/EI%20cambio%20en%20el%20modelo%20tradicional%20de%20maternidad%20Desde%20la%20Familia%20en%20el%20Derecho%20Romano%20a%20la%20actual%20Gestacion%20por%20Sustitucion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Hinostroza, Y. (2020). *Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el código civil* [Tesis de maestría, Universidad Peruana Los Andes]. Repositorio Institucional UPLA.
https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/1746/T037_41902471_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Huertas, L. y Zeta, K. (2021). *La remuneración económica y su impacto en la satisfacción laboral en entidades públicas; organismos educativos* [Tesis de pregrado, Universidad Privada Antenor Orrego]. Repositorio Institucional UPAO.
https://repositorio.upao.edu.pe/bitstream/20.500.12759/7336/1/B_ADM_LILIAN.HUERTAS_KEYLA.ZETA_LA.REMUNERACION.ECONOMICA%282%29.pdf

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2003). *Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/1832/promocion-y-defensa-de-derechos-reproductivos-espanol-2006.pdf>

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2008). *Los derechos reproductivos son derechos humanos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<https://lac.unfpa.org/sites/default/files/pub-pdf/Libro%201.%20Los%20derechos%20reproductivos-DH.pdf>

Ivabe, J. (2012). *Guía de estudio – investigación aplicada*.

<https://docplayer.es/78262006-Guia-de-estudio-investigacion-aplicada-jose-luis-ibave-gonzalez-ph-d.html>

Izcara, S. (2014). *Manual de investigación cualitativa*. Editorial Fontamara.

[https://www.grupocieg.org/archivos/Izcara%20\(2014\)%20Manual%20de%20Investigaci%C3%B3n%20Cualitativa.pdf](https://www.grupocieg.org/archivos/Izcara%20(2014)%20Manual%20de%20Investigaci%C3%B3n%20Cualitativa.pdf)

Jausoro, A. (2000). *Técnicas de reproducción humana asistida*

https://www.euskadi.eus/contenidos/informacion/2000_osteba_publicacion/es_def/adjuntos/2000/e_00_05_reproduccion_humana.pdf

Jara, G. (2021). *El vientre de alquiler y la protección legal* [Tesis de pregrado,

Universidad de Huánuco]. Repositorio Institucional UDH. <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2779/Jara%20Leon%20Graviel%20Emilio.pdf?sequence=3&isAllowed=y>

Jiménez, A. (2019). *Maternidad subrogada. Propuesta de reforma al apartado 4.177*

bis del código civil del estado de México [Tesis de Pregrado, Universidad Autónoma del Estado de México]. Repositorio Institucional UAEMEX <http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/99438/TESIS%20MATERNIDAD%20SUBROGADA.%20PROPUESTA%20DE%20REFORMA%20AL%20APARTADO%204.177%20BIS%20DEL%20C%C3%93DIGO%20CIVIL%20DEL%20ESTADO%20DE%20M%C3%89XICO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Suprema Corte de los Estados Unidos de California. (1993). *Johnson vs. Calvert*.

<https://law.justia.com/cases/california/supreme-court/4th/5/84.html>

- Lafuente, C. y Marín, A. (2008). Metodologías de la investigación en las ciencias sociales: Fases, fuentes y selección de técnicas. *Revista Escuela de Administración de Negocios*, (64), 5-18.
<https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=20612981002>
- Lamm, E. (2013). *Gestión por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Editorial Universitat de Barcelona
http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf
- Landa, C. (2014). La constitucionalización del derecho civil: el derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y sus límites. *THEMIS Revista De Derecho*, (66), 309-327.
<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/12702>
- Lemes, C. (2013). *Maternidad subrogada, en busca del hijo biológicamente vinculado: un aporte para el debate* [Tesis de Pregrado, Universidad de la República]. Repositorio Institucional UDELAR.
https://www.colibri.udelar.edu.uy/jspui/bitstream/20.500.12008/7210/1/TTS_LemesCarina.pdf
- Lugones, M. y Ramírez, M. (2015). Curioso origen y significado de la palabra embarazo. *Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología*, 41(1), 90-98. <http://scielo.sld.cu/pdf/gin/v41n1/gin11115.pdf>
- Martínez, M. (2011). *La esterilidad y sus tratamientos en los medios de comunicación en España*. Sociedad española de fertilidad.
<https://www.sefertilidad.net/docs/biblioteca/libros/libroBlanco.pdf>
- Martínez, M. (2003). La evolución del altruismo. *Revista Colombiana de Filosofía de la Ciencia*, 4(9), 27-42. <https://www.redalyc.org/pdf/414/41400902.pdf>

- Méndez, M. (2018). *La influencia familiar en la construcción de la identidad personal. fundamentos y métodos para la formación permanente de los maestros de educación infantil. Análisis y prospectiva en la CAM* [Tesis doctoral, Universidad Complutense de Madrid]. Repositorio Institucional UCM. <https://eprints.ucm.es/id/eprint/49421/1/T40303.pdf>
- Mercado, M. (2019). *Ventre de alquiler versus el derecho a la identidad: un problema no resuelto* [Tesis de maestría, Universidad de Piura]. Repositorio institucional PIRHUA. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/3825/DER-L_023.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Monje, C. (2011). *Metodología de la investigación cuantitativa y cualitativa guía didáctica*. Universidad SurColombiana. <https://www.uv.mx/rmipe/files/2017/02/Guia-didactica-metodologia-de-la-investigacion.pdf>
- Morales, F. (2019). *Gestación subrogada y filiación: su regulación en Tabasco y Sinaloa* [Tesis de pregrado, Centro de Investigación y Docencia Económicas]. Repositorio Institucional de la CIDE <http://mobile.repositorio-digital.cide.edu/bitstream/handle/11651/3685/164779.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Muro, M. (2016). *Contratos civiles y obligaciones temas claves*. Gaceta Jurídica. <https://www.mpfm.gob.pe/escuela/contenido/archivosbiblioteca/cnt0084.pdf>
- Oliva, E. y Villa, V. (2014). Hacia un concepto interdisciplinario de la familia en la globalización. *Justicia Juris*, 10(1), 11-20. <http://www.scielo.org.co/pdf/jusju/v10n1/v10n1a02.pdf>
- Parada, N. (2019). *Análisis del contrato de alquiler de vientre en la legislación colombiana* [Tesis de pregrado, Universidad Cooperativa de Colombia].

Repositorio

Institucional

UCC

https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/15600/2/2019_analisi_contrato_alquiler.pdf

Payalich, R. (2019). *Maternidad subrogada y su reconocimiento en el Perú en beneficio del interés superior del niño. Análisis del criterio expuesto en la casación nº 06374-2016-0-1801-JR-CI-05*. Universidad Católica San Pablo. https://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/16066/1/PAYALICH_CAYRA_RUB_MAT.pdf

Poder ejecutivo del Perú. (1984, 24 de julio). Decreto Legislativo 295. Código civil peruano. *Diario Oficial El Peruano*. <https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-segunda-parte/>

Poder ejecutivo de Uruguay. (2013, 29 de noviembre). *Ley 19.167. Técnicas de reproducción humana asistida*. Registro nacional de leyes y decretos. https://oig.cepal.org/sites/default/files/2013_ley19.167_ury.pdf

Ramírez, E. (2019). *La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales, Huancavelica – 2018* [Tesis de maestría, Universidad Nacional de Huancavelica]. Repositorio institucional UNH. <https://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/3190/TESIS-2019-POSGRADO-DERECHO-RAMIREZ%20JARA%20DE%20LINARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Real Academia Española. (2021, 4 de diciembre). *Nonato*. Diccionario de la lengua española. <https://dle.rae.es/nonato>

- Reale, M. (1998). El término «tridimensional» y su contenido. *Revista de la facultad de derecho PUC*, (50) 11-15.
https://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_050.pdf
- Reidl, L. (2012). El diseño de investigación en educación: conceptos actuales. *Investigación en Educación Médica*, 1(1), 35-39. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=349736284008>
- Ruiz, L. (2016). *La desnaturalización del contrato de locación de servicios sujeto a plazo en un contrato de trabajo sujeto a modalidad en la legislación peruana. Análisis a la luz de una interpretación finalista del principio de primacía de la realidad* [Tesis de pregrado, Universidad Católica San Pablo]. Repositorio Institucional UCSP.
https://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/14869/1/RUIZ_PACHECO_LUI_DES.pdf
- Rodríguez, L. (s.f.). *Manual de estimulación dirigido a gestantes en útero*
<https://www.infermeravirtual.com/files/media/file/105/Sistema%20reproductor%20femenino.pdf?1358605661>
- Rojas, R. (2020). *Incorporación legal de la maternidad subrogada, para garantizar la consolidación de la institución familiar en el Perú* [Tesis de Pregrado, Universidad de Cesar Vallejo] Repositorio Institucional UCV.
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/42606/Rojas_RG.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Rosero, J. (2018). *Naturaleza jurídica del alquiler de vientre: impacto y consecuencias en el ámbito del derecho laboral* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Javeriana]. Repositorio Institucional de la PUJ.
<https://repository.javeriana.edu.co/handle/10554/38941>

- Sánchez, A. (2005). *La desnaturalización del contrato de locación de servicios* [Tesis de maestría, Universidad Nacional del Altiplano - Puno]. Repositorio Institucional UNAP
<http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/20.500.14082/804/EPG097-00044-01.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Sanguinetti, W. (2000). *Locación de servicios y contrato de trabajo: balance y perspectivas de reforma tras quince años de vigencia del código civil* (2ª ed.). Gaceta Jurídica.
<https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/estudio-introductorio-a-la-segunda-edicion.pdf>
- Sanromán, R. (2013). La teoría general del contrato y la autonomía de la voluntad. *Perfiles de las Ciencias Sociales*, 1(1), 83-96.
<https://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles/issue/view/34>
- Soto, C. y Vattier C. (2011). *Libertad de contratar y libertad contractual: estudios sobre el código europeo de contratos*. Pontificia Universidad Javeriana y grupo editorial Ibáñez. <https://www.ipa.pe/pdf/Libertad-de-Contratar-y-Libertad-Contractual.pdf>
- Torres, A. (2021). *Teoría general del contrato tomo I* (3ª ed.). Jurista editores.
- Torres, M. (2018). *Libertad, desigualdad y el contrato de maternidad subrogada* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Repositorio Institucional UAM.
https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/686545/torres_quiroga_miguel_angel.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Tribunal superior de justicia. (2020). *Sentencia núm. 3700/2020*
<https://www.poderjudicial.es/search/documento/AN/9314453/cuestiones%20atribuidas%20a%20la%20jurisdiccion%20contencioso-administrativa/20201116>

- Vara, A. (2012). *Desde la idea hasta la sustentación: 7 pasos para una tesis exitosa. un método efectivo para las ciencias empresariales* (3ª ed.). Universidad de San Martín de Porres. <https://www.administracion.usmp.edu.pe/investigacion/files/7-PASOS-PARA-UNA-TESIS-EXITOSA-Desde-la-idea-inicial-hasta-la-sustentaci%C3%B3n.pdf>
- Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México*, 11(39), 109-137. https://repositorio.ulima.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12724/3523/Varsi_Rospigliosi_Enrique.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Vega, S. (2017). *Inaplicación del principio mater semper certa est en los casos de “útero subrogado”* [Tesis de pregrado, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Repositorio Institucional USAT. https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/1138/1/TL_VegaChilconSabinalsabel.pdf.pdf
- Viteri, M. (2019). *Problemas jurídicos derivados de la maternidad subrogada en el Ecuador* [Tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Repositorio Institucional UASB. <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

ANEXOS

Anexo 1: Matriz de consistencia

Título: Interpretación de los contratos de locación de servicios referente al vientre, un vacío normativo

Problemas	Objetivos	Marco teórico	Supuestos categóricos	Categorías	Metodología
<p>Problema general: ¿Se puede emplear en un contrato de locación de servicios la figura de gestación por sustitución para suplir un vacío normativo?</p> <p>Problemas específicos: ¿De qué manera se interpreta el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes? ¿De qué manera se interpreta el establecer la identidad de la madre de intención con respecto al carácter personalísimo prestado por la locadora?</p>	<p>Objetivo general: Interpretar la incorporación del contrato de locación de servicios en la figura de gestación por sustitución para suplir un vacío normativo.</p> <p>Objetivos específicos: Interpretar el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes. Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención en razón al carácter personalísimo prestado por la locadora.</p>	<p>Antecedentes nacionales: A nivel nacional:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Arauco (2021) en su tesis Implementación del embarazo subrogado en el Perú • Ramírez (2019) en su tesis La maternidad subrogada como un nuevo escenario en la elección de un plan de vida desde la perspectiva de los derechos fundamentales. <p>Antecedentes internacionales:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Avalos, C. (2017) en su tesis La gestación por sustitución y el interés superior del niño. • Lemes, C. (2013) en su tesis gestación por sustitución, en busca del hijo biológicamente vinculado: un aporte para el debate. 	<p>Supuestos categórico general: A. Se interpreta como se incorporará el contrato de locación de servicios en la figura de gestación por sustitución para suplir un vacío normativo.</p> <p>Supuesto categórico específico 1: B. Se interpreta el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes.</p> <p>Supuesto categórico específico 2 C. Se interpreta como establecer la identidad de la madre de intención en razón al carácter personalísimo prestado por la locadora.</p>	<p>Categoría 1: gestación por sustitución</p> <p>Subcategoría 1.1: Derecho a la reproducción</p> <p>Indicadores: Técnicas de reproducción asistida Infertilidad y esterilidad</p> <p>Subcategoría 1.2.: Establecer la identidad de la madre</p> <p>Indicadores: Interés superior del niño Vulneración de principios</p> <p>Categoría 2: Contrato de locación de servicios</p> <p>Subcategoría 1.1: Libertad contractual</p> <p>Indicadores: Autonomía de voluntad Buena fe contractual</p> <p>Subcategoría 1.2.: Carácter personalísimo</p> <p>Indicadores: Ejecución personal Imposibilidad de delegación</p>	<p>Tipo de investigación. Básica</p> <p>Diseño de la investigación. Interpretativo – crítico</p> <p>Sujetos participantes o expertos. Abogados civilistas investigadores.</p> <p>Muestra de expertos. Inductivo</p> <p>Técnica de investigación. Entrevistas</p> <p>Procesamiento de datos información con ayuda de las entrevistas que será dirigida a expertos en materia de derecho de familia y de derecho constitucional</p>

Anexo 2: Validación de instrumentos de medición a través de juicio de expertos
CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DE LA CATEGORÍA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nº	SUBCATEGORÍAS/ ítems	Veracidad ¹		Aplicabilidad ²		Consistencia ³		Neutralidad ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
	SUBCATEGORÍA 1: DERECHO A LA REPRODUCCIÓN									
1	En la Ley general de salud en su artículo 7° prescribe lo siguiente: 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. ¿Cuál es su interpretación con respecto a este artículo y cree que vulnera los derechos a las personas que usan la gestación por sustitución?	x		x		x		x		
	SUBCATEGORÍA 2: ESTABLECER LA IDENTIDAD DE LA MADRE DE INTENCIÓN									
1	¿Cómo interpreta usted la falta de regulación sobre la gestación por sustitución vulnera los derechos tanto de los padres de intención como de los menores gestados por esta técnica?	x		x		x		x		

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁵): S hay suficiencia

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [x]** **Aplicable después de corregir []** **No aplicable []**

Apellidos y nombres del juez validador: Dr. Espinoza Pajuelo, Luis Ángel **DNI:** 10594662

Especialidad del validador:

¹**Veracidad:** Autenticidad y credibilidad. Los resultados son verdaderos para las personas que fueron estudiadas y para otras personas que han experimentado o estado en contacto con el fenómeno investigado.

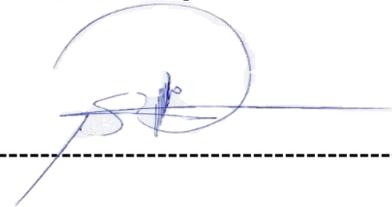
²**Aplicabilidad:** Transferibilidad o exportabilidad. La transferibilidad consiste en la posibilidad de transferir los resultados a otros contextos o grupos.

³**Consistencia:** Dependencia o estabilidad de los datos.

⁴**Neutralidad:** Confirmabilidad. Se refiere a la neutralidad de la interpretación o análisis de la información, que se logra cuando otro (s) investigador (es) puede seguir «la pista» al investigador original y llegar a hallazgos similares

⁵**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión

Lima, 25 de Mayo del 2022



Firma del Experto Informante.

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DE LA CATEGORÍA CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

Nº	SUBCATEGORÍAS/ ítems	Veracidad ¹		Aplicabilidad ²		Consistencia ³		Neutralidad ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
SUBCATEGORÍA 1: LIBERTAD CONTRACTUAL										
1	¿Cómo interpretaría usted la implementación de una regulación de la gestación por sustitución en relación a los contratos de prestación de servicios en la realidad de Perú? ¿Considera usted que esto afectaría la situación social de nuestro país?	x		x		x		x		
2	¿Considera que la gestación por sustitución debería considerarse una relación laboral con consecuente remuneración o que debería ser de forma altruista?	x		x		x		x		
SUBCATEGORÍA 2: CARÁCTER PERSONALISIMO										
1	¿En su análisis de investigador considera usted la existencia de bases jurídicas para la implementación de la gestación por sustitución?	x		x		x		x		
2	¿De qué manera interpretaría usted la promulgación de una legislación referente a la gestación por sustitución mediante una modalidad contractual?	x		x		x		x		

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁵): S hay suficiencia

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [x]** **Aplicable después de corregir []** **No aplicable []**

Apellidos y nombres del juez validador: Dr. Espinoza Pajuelo, Luis Ángel **DNI:** 10594662

Especialidad del validador:

¹**Veracidad:** Autenticidad y credibilidad. Los resultados son verdaderos para las personas que fueron estudiadas y para otras personas que han experimentado o estado en contacto con el fenómeno investigado.

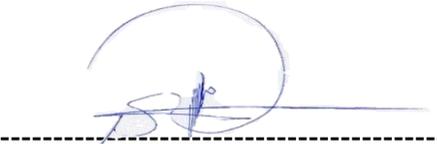
²**Aplicabilidad:** Transferibilidad o exportabilidad. La transferibilidad consiste en la posibilidad de transferir los resultados a otros contextos o grupos.

³**Consistencia:** Dependencia o estabilidad de los datos.

⁴**Neutralidad:** Confirmabilidad. Se refiere a la neutralidad de la interpretación o análisis de la información, que se logra cuando otro (s) investigador (es) puede seguir «la pista» al investigador original y llegar a hallazgos similares

⁵**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión

Lima, 25 de Mayo del 2022



Firma del Experto Informante.

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DE LA CATEGORÍA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nº	SUBCATEGORIAS/ ítems	Veracidad ¹		Aplicabilidad ²		Consistencia ³		Neutralidad ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
	SUBCATEGORÍA 1: DERECHO A LA REPRODUCCIÓN									
1	En la Ley general de salud en su artículo 7° prescribe lo siguiente: 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. ¿Cuál es su interpretación con respecto a este artículo y cree que vulnera los derechos a las personas que usan la gestación por sustitución?	x		x		x		x		
	SUBCATEGORÍA 2: ESTABLECER LA IDENTIDAD DE LA MADRE DE INTENCIÓN									
1	¿Cómo interpreta usted la falta de regulación sobre la gestación por sustitución vulnera los derechos tanto de los padres de intención como de los menores gestados por esta técnica?	x		x		x		x		

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁵): SI HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [X]** **Aplicable después de corregir []** **No aplicable []**
Apellidos y nombres del juez validador: Mg. Wilfredo Herbert Gordillo Briceño **DNI: 08337343**
Especialidad del validador:

¹**Veracidad:** Autenticidad y credibilidad. Los resultados son verdaderos para las personas que fueron estudiadas y para otras personas que han experimentado o estado en contacto con el fenómeno investigado.

²**Aplicabilidad:** Transferibilidad o exportabilidad. La transferibilidad consiste en la posibilidad de transferir los resultados a otros contextos o grupos.

³**Consistencia:** Dependencia o estabilidad de los datos.

⁴**Neutralidad:** Confirmabilidad. Se refiere a la neutralidad de la interpretación o análisis de la información, que se logra cuando otro (s) investigador (es) puede seguir «la pista» al investigador original y llegar a hallazgos similares

⁵**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión

Lince, 30 de Mayo del 2022



Firma del Experto Informante.

CERTIFICADO DE VALIDEZ DE CONTENIDO DE LA CATEGORÍA CONTRATO DE LOCACIÓN DE SERVICIOS

Nº	SUBCATEGORÍAS/ ítems	Veracidad ¹		Aplicabilidad ²		Consistencia ³		Neutralidad ⁴		Sugerencias
		Si	No	Si	No	Si	No	Si	No	
SUBCATEGORÍA 1: LIBERTAD CONTRACTUAL										
1	¿Cómo interpretaría usted la implementación de una regulación de la gestación por sustitución en relación a los contratos de prestación de servicios en la realidad de Perú? ¿Considera usted que esto afectaría la situación social de nuestro país?	x		x		x		x		
2	¿Considera que la gestación por sustitución debería considerarse una relación laboral con consecuente remuneración o que debería ser de forma altruista?	x		x		x		x		
SUBCATEGORÍA 2: CARÁCTER PERSONALISIMO										
1	¿En su análisis de investigador considera usted la existencia de bases jurídicas para la implementación de la gestación por sustitución?	x		x		x		x		
2	¿De qué manera interpretaría usted la promulgación de una legislación referente a la gestación por sustitución mediante una modalidad contractual?	x		x		x		x		

Observaciones (precisar si hay suficiencia⁵): SI HAY SUFICIENCIA

Opinión de aplicabilidad: **Aplicable [X]** **Aplicable después de corregir []** **No aplicable []**

Apellidos y nombres del juez validador: Mg. Wilfredo Herbert Gordillo Briceño **DNI: 08337343**

Especialidad del validador:

¹**Veracidad:** Autenticidad y credibilidad. Los resultados son verdaderos para las personas que fueron estudiadas y para otras personas que han experimentado o estado en contacto con el fenómeno investigado.

²**Aplicabilidad:** Transferibilidad o exportabilidad. La transferibilidad consiste en la posibilidad de transferir los resultados a otros contextos o grupos.

³**Consistencia:** Dependencia o estabilidad de los datos.

⁴**Neutralidad:** Confirmabilidad. Se refiere a la neutralidad de la interpretación o análisis de la información, que se logra cuando otro (s) investigador (es) puede seguir «la pista» al investigador original y llegar a hallazgos similares

⁵**Suficiencia:** Los ítems planteados son suficientes para medir la dimensión

Lince, 30 de Mayo del 2022



Firma del Experto Informante.

Anexo 3: Guía de entrevista

ENTREVISTA

1. Datos del entrevistado

1.1 Nombre y Apellidos:

1.2 Grado Académico:

1.3 Nombre del Instrumento motivo de evaluación: Guía de Entrevista

1.4 Autora del Instrumento: Rivera Davalos, Helen Isvet

Santa Cruz Reyes, Gladis Dajana

1. ¿De qué manera interpretaría usted la promulgación de una legislación referente a la gestación por sustitución mediante una modalidad contractual?
2. ¿Cómo interpretaría usted la implementación de una regulación de la gestación por sustitución en relación a los contratos de prestación de servicios en la realidad de Perú? ¿Considera usted que esto afectaría la situación social de nuestro país?
3. ¿En su análisis de investigador considera usted la existencia de bases jurídicas para la implementación de la gestación por sustitución?
4. ¿Cómo interpreta usted la falta de regulación sobre la gestación por sustitución vulnera los derechos tanto de los padres de intención como de los menores gestados por esta técnica?
5. En la Ley general de salud en su artículo 7° prescribe lo siguiente: 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. ¿Cuál es su interpretación con respecto a este artículo y cree que vulnera los derechos a las personas que usan la gestación por sustitución?
6. ¿Considera que la gestación por sustitución debería considerarse una relación laboral con consecuente remuneración o que debería ser de forma altruista?

Anexo 4: Formatos de consentimientos informados de los entrevistados

Facultad de Ciencias Humanas



Escuela de Derecho

Consentimiento informado

La finalidad del presente documento, es trasladar a los señores participantes de una determinada investigación información y explicación sobre las características de la misma, así como el rol que ocuparán dentro de ella en el proceso de ejecución.

La presente investigación tiene como autor(as/es) a Gladis Dajana Santa Cruz Reyes y Helen Isvet Rivera Davalos de la Universidad Autónoma del Perú. Los objetivos de la nuestra investigación son los siguientes:

General:

Interpretar la incorporación del contrato de locación de servicios en la figura de la gestación por sustitución para suplir un vacío normativo

Específicos:

Interpretar el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes.

Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención en razón al carácter personalísimo prestado por la locadora.

Si usted participa del proceso de recolección de datos, se solicitará absolver un conjunto de preguntas relacionadas a nuestra investigación mediante una entrevista o la técnica que resulte aplicable en el proceso de ejecución. Dicho proceso comprende una duración estimada de 60 minutos. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

Vuestra participación en el proceso de investigación es voluntaria. La información que se recoja será confidencial y de ser el caso, previa autorización expresa será posible revelar su identidad en nuestro estudio, no siendo empleada la información en otro tipo de actividades. Sus respuestas al cuestionario y a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación en caso no autorice la revelación de su identidad y, por lo tanto, serán anónimas. Una vez transcritas las entrevistas, vamos a conservar los archivos de audio para efecto de evidencia de nuestra investigación.

De tener dudas sobre este proceso de investigación, puede hacer preguntas en cualquier momento durante su participación en él. Igualmente, puede retirarse del proceso de investigación en cualquier momento sin que eso lo perjudique en ninguna forma. Si alguna de las preguntas durante la entrevista le parecen incómodas, tiene usted el derecho de no contestar o de solicitar su reformulación.

DECLARACIÓN DEL PARTICIPANTE

El que firma y autoriza el presente documento, reconoce que la información facilitada en el proceso de ejecución de la presente investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre la propuesta de investigación en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida, sin que esto implique responsabilidad para mi persona. De tener preguntas sobre mi participación en este estudio, **puedo contactar al correo electrónico gsantacruz@autonoma.edu.pe o hriverad@autonoma.edu.pe como al teléfono 962 286 730 o 933760325.**

Se me otorga una copia digital del presente documento y solicito sea notificado al siguiente correo electrónico: yurelak@autonoma.edu.pe a fin de conocer sobre los resultados de la presente investigación. -

COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL PARTICIPANTE

De estar conforme con las condiciones señaladas, solicitamos consignar si autoriza o no vuestra participación.

AUTORIZACION:~~(SÍ)~~ (NO)

Asimismo, de permitir la revelación de vuestra identidad, consignar ~~(SÍ)~~ o (NO), colocando vuestra firma en el siguiente recuadro:



AUTORIZACION:~~(SÍ)~~ (NO)

YURELA KOSETT YUNKOR ROMERO:

CAL – 1348

DNI – 20118250

Lima, día 07, mes Junio, año 2022

Consentimiento Informado

La finalidad del presente documento, es trasladar a los señores participantes de una determinada investigación información y explicación sobre las características de la misma, así como el rol que ocuparán dentro de ella en el proceso de ejecución.

La presente investigación tiene como autor(as/es) a Gladis Dajana Santa Cruz Reyes y Helen Isvet Rivera Davalos de la Universidad Autónoma del Perú. Los objetivos de la nuestra investigación son los siguientes:

General:

Interpretar la incorporación del contrato de locación de servicios en la figura de la gestación por sustitución para suplir un vacío normativo

Específicos:

Interpretar el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes.

Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención en razón al carácter personalísimo prestado por la locadora.

Si usted participa del proceso de recolección de datos, se solicitará absolver un conjunto de preguntas relacionadas a nuestra investigación mediante una entrevista o la técnica que resulte aplicable en el proceso de ejecución. Dicho proceso comprende una duración estimada de 60 minutos. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

Vuestra participación en el proceso de investigación es voluntaria. La información que se recoja será confidencial y de ser el caso, previa autorización expresa será posible revelar su identidad en nuestro estudio, no siendo empleada la información en otro tipo de actividades. Sus respuestas al cuestionario y a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación en caso no autorice la revelación de su identidad y, por lo tanto, serán anónimas. Una vez transcritas las entrevistas, vamos a conservar los archivos de audio para efecto de evidencia de nuestra investigación.

De tener dudas sobre este proceso de investigación, puede hacer preguntas en cualquier momento durante su participación en él. Igualmente, puede retirarse del proceso de investigación en cualquier momento sin que eso lo perjudique en ninguna

forma. Si alguna de las preguntas durante la entrevista le parecen incómodas, tiene usted el derecho de no contestar o de solicitar su reformulación.

DECLARACIÓN DEL PARTICIPANTE

El que firma y autoriza el presente documento, reconoce que la información facilitada en el proceso de ejecución de la presente investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre la propuesta de investigación en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida, sin que esto implique responsabilidad para mi persona. De tener preguntas sobre mi participación en este estudio, **puedo contactar al correo electrónico gsantacruz@autonoma.edu.pe o hriverad@autonoma.edu.pe** como al teléfono 962 286 730 o 933760325.

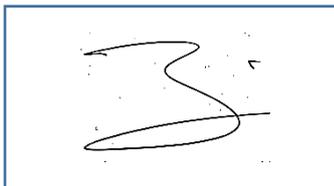
Se me otorga una copia digital del presente documento y solicito sea notificado al siguiente correo electrónico: ejimenezd@autonoma.edu.pe a fin de conocer sobre los resultados de la presente investigación. -

COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL PARTICIPANTE

De estar conforme con las condiciones señaladas, solicitamos consignar si autoriza o no vuestra participación.

AUTORIZACION:SÍ.....(SÍ) (NO)

Asimismo, de permitir la revelación de vuestra identidad, consignar ~~(SÍ)~~ o (NO), colocando vuestra firma en el siguiente recuadro:



AUTORIZACION: ...SÍ (SÍ) (NO)

EDUARDO DANIEL JIMENEZ JIMENEZ: CAL – 16668

DNI – 07905799

Lima, día 15, mes Junio, año 2022

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho

Consentimiento Informado

La finalidad del presente documento, es trasladar a los señores participantes de una determinada investigación información y explicación sobre las características de la misma, así como el rol que ocuparán dentro de ella en el proceso de ejecución.

La presente investigación tiene como autor(as/es) a Gladis Dajana Santa Cruz Reyes y Helen Isvet Rivera Davalos de la Universidad Autónoma del Perú. Los objetivos de la nuestra investigación son los siguientes:

General:

Se interpretará la incorporación del Contrato de locación de servicios en la figura de vientre de alquiler en la jurisprudencia nacional

Específicos:

Interpretar el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes en la jurisprudencia nacional.

Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención en razón al servicio personalísimo prestado por la locadora en la jurisprudencia nacional.

Si usted participa del proceso de recolección de datos, se solicitará absolver un conjunto de preguntas relacionadas a nuestra investigación mediante una entrevista o la técnica que resulte aplicable en el proceso de ejecución. Dicho proceso comprende una duración estimada de 60 minutos. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

Vuestra participación en el proceso de investigación es voluntaria. La información que se recoja será confidencial y de ser el caso, previa autorización expresa será posible revelar su identidad en nuestro estudio, no siendo empleada la información en otro tipo de actividades. Sus respuestas al cuestionario y a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación en caso no autorice la revelación de su identidad y, por lo tanto, serán anónimas. Una vez transcritas las entrevistas, vamos a conservar los archivos de audio para efecto de evidencia de nuestra investigación.

De tener dudas sobre este proceso de investigación, puede hacer preguntas en cualquier momento durante su participación en él. Igualmente, puede retirarse del proceso de investigación en cualquier momento sin que eso lo perjudique en ninguna

forma. Si alguna de las preguntas durante la entrevista le parecen incómodas, tiene usted el derecho de no contestar o de solicitar su reformulación.

DECLARACIÓN DEL PARTICIPANTE

El que firma y autoriza el presente documento, reconoce que la información facilitada en el proceso de ejecución de la presente investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre la propuesta de investigación en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida, sin que esto implique responsabilidad para mi persona. De tener preguntas sobre mi participación en este estudio, **puedo contactar al correo electrónico gsantacruz@autonoma.edu.pe o hriverad@autonoma.edu.pe** como al teléfono 962 286 730 o 933760325.

Se me otorga una copia digital del presente documento y solicito sea notificado al siguiente correo electrónico: locastroro@autonoma.edu.pe a fin de conocer sobre los resultados de la presente investigación. -

COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL PARTICIPANTE

De estar conforme con las condiciones señaladas, solicitamos consignar si autoriza o no vuestra participación.

AUTORIZACION:(SÍ) (NO)

Asimismo, de permitir la revelación de vuestra identidad, consignar (SÍ) o (NO), colocando vuestra firma en el siguiente recuadro:



AUTORIZACION:(SÍ) (NO)

LILIAM LESLY CASTRO RODRIGUEZ: CA 43282

Lima, día 10, mes Junio, año 2022

Facultad de Ciencias Humanas

Escuela de Derecho

Consentimiento Informado

La finalidad del presente documento, es trasladar a los señores participantes de una determinada investigación información y explicación sobre las características de la misma, así como el rol que ocuparán dentro de ella en el proceso de ejecución.

La presente investigación tiene como autor(as/es) a Gladis Dajana Santa Cruz Reyes y Helen Isvet Rivera Davalos de la Universidad Autónoma del Perú. Los objetivos de la nuestra investigación son los siguientes:

General:

Se interpretará la incorporación del Contrato de locación de servicios en la figura de viente de alquiler en la jurisprudencia nacional

Específicos:

Interpretar el derecho a la reproducción respecto a la libertad contractual de los comitentes en la jurisprudencia nacional.

Interpretar como establecer la identidad de la madre de intención en razón al servicio personalísimo prestado por la locadora en la jurisprudencia nacional.

Si usted participa del proceso de recolección de datos, se solicitará absolver un conjunto de preguntas relacionadas a nuestra investigación mediante una entrevista o la técnica que resulte aplicable en el proceso de ejecución. Dicho proceso comprende una duración estimada de 60 minutos. Lo que conversemos durante estas sesiones se grabará, de modo que el investigador pueda transcribir después las ideas que usted haya expresado.

Vuestra participación en el proceso de investigación es voluntaria. La información que se recoja será confidencial y de ser el caso, previa autorización expresa será posible revelar su identidad en nuestro estudio, no siendo empleada la información en otro tipo de actividades. Sus respuestas al cuestionario y a la entrevista serán codificadas usando un número de identificación en caso no autorice la revelación de su identidad y, por lo tanto, serán anónimas. Una vez transcritas las entrevistas, vamos a conservar los archivos de audio para efecto de evidencia de nuestra investigación.

De tener dudas sobre este proceso de investigación, puede hacer preguntas en cualquier momento durante su participación en él. Igualmente, puede retirarse del proceso de investigación en cualquier momento sin que eso lo perjudique en ninguna

forma. Si alguna de las preguntas durante la entrevista le parecen incómodas, tiene usted el derecho de no contestar o de solicitar su reformulación.

DECLARACIÓN DEL PARTICIPANTE

El que firma y autoriza el presente documento, reconoce que la información facilitada en el proceso de ejecución de la presente investigación es estrictamente confidencial y no será usada para ningún otro propósito fuera de los de este estudio sin mi consentimiento. He sido informado de que puedo hacer preguntas sobre la propuesta de investigación en cualquier momento y que puedo retirarme del mismo cuando así lo decida, sin que esto implique responsabilidad para mi persona. De tener preguntas sobre mi participación en este estudio, **puedo contactar al correo electrónico gsantacruz@autonoma.edu.pe o hriverad@autonoma.edu.pe como al teléfono 962 286 730 o 933760325.**

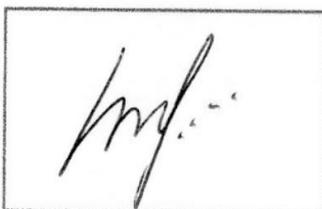
Se me otorga una copia digital del presente documento y solicito sea notificado al siguiente correo electrónico: wgordillo@autonoma.edu.pe a fin de conocer sobre los resultados de la presente investigación. -

COMPROMISOS ASUMIDOS POR EL PARTICIPANTE

De estar conforme con las condiciones señaladas, solicitamos consignar si autoriza o no vuestra participación.

AUTORIZACION: ~~(SI)~~ (NO)

Asimismo, de permitir la revelación de vuestra identidad, consignar (SÍ) o (NO), colocando vuestra firma en el siguiente recuadro:



AUTORIZACION: ~~(SI)~~ (NO)

WILFREDO HERBERT GORDILLO BRICEÑO: C.A.L.N N° 254

Lima, día 10, mes Junio, año 2022

Anexo 5: Fotos de las entrevistas





Anexo 6: Proyecto De Ley

Las Señoritas Helen Isvet Rivera Dávalos y Gladis Dajana Santa Cruz Reyes en ejercicio de su derecho de iniciativa que le confiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú y la Ley 26300, Ley de los Derechos de Participación y Control Ciudadanos proponen el siguiente proyecto de Ley. Representando a los ciudadanos, ha dado la Ley siguiente:

PROYECTO DE LEY QUE REGULA LOS REQUISITOS Y PROCEDIMIENTOS DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN MEDIANTE UNA MODALIDAD CONTRACTUAL

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS.

El Estado peruano debería poder garantizar que los derechos reproductivos de todas aquellas mujeres infértiles o estériles con el objetivo de que puedan convertirse en madres mediante el uso de las técnicas de reproducción asistida, como lo es la gestación por sustitución. La atención a estos derechos forma parte del desarrollo integral de la mujer y de su derecho a formar una familia, lo cual es fundamental en su proyecto de vida. La infertilidad puede tener grandes repercusiones en el ámbito familiar y social, por lo que es importante que el Estado promueva el acceso a estas técnicas.

El cumplimiento de estos derechos es un papel fundamental del Estado, y se encuentran reconocidos en la Constitución Política del Perú, la Declaración de Derechos Humanos y los pronunciamientos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Al garantizar y atender estos derechos, el Estado protege y vela por el desarrollo integral de sus ciudadanos, incluyendo a las mujeres infértiles en el Perú.

La finalidad del proyecto de ley actual es el establecer un marco legal que proteja los derechos de las personas y promueva el uso de las técnicas de reproducción asistida (gestación por sustitución), con el objetivo de generar beneficios para la población actual y futura en general. Se busca prevenir los problemas y conflictos que pueden surgir debido a la mala ejecución de estas técnicas, mediante la implementación de medidas legales que garanticen el uso adecuado y responsable de las mismas.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La normativa comparada que rige las técnicas de reproducción humana asistida en naciones como México, Canadá, Uruguay y Brasil puede presentar algunas bases para normar de manera correcta esta figura. Es decir, algunos países promueven el uso de las técnicas más avanzadas en el campo de la medicina reproductiva, mientras que otros establecen límites y medidas de protección para resguardar la dignidad y los derechos fundamentales de las personas implicadas en estos procesos.

El proyecto no generará problemas legales para el Estado, sino tendrá un impacto positivo al evitar violaciones a los Derechos Fundamentales y tomar mejores decisiones al resolver esta problemática. De este modo los fallos judiciales podrán beneficiar a la colectividad y evitar prácticas ilegales o poco éticas, en especial a las mujeres infértiles que buscan ser madres a través de la gestación por sustitución, brindándoles seguridad jurídica. El establecimiento de una regulación clara y detallada podría brindar seguridad jurídica tanto a la madre de intención como a la mujer que presta su vientre, así como a cualquier niño que nazca como resultado del proceso de la gestación por sustitución.

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El proyecto no generará costos elevados para el Estado, sino que tendrá un impacto positivo al evitar violaciones a los Derechos Humanos y orientar a los jueces en sus decisiones, considerando conocimientos científicos especializados en adición a los jurídicos. De este modo, los fallos judiciales podrán beneficiar a la colectividad, en especial a las mujeres infértiles que buscan ser madres a través de la gestación por sustitución, brindándoles seguridad jurídica.

CAPITULO I:

CONSIDERACIONES GENERALES

Artículo 1°: Objeto

Establecer una regulación clara y detallada para el uso de la gestación por sustitución, a fin de proteger los derechos de la madre de intención y garantizar que el proceso se realice de manera ética y legal. Mediante la implementación de un contrato especial de servicios permitirá establecer las condiciones y términos específicos para la realización de la gestación por sustitución, dando medidas de protección para las partes involucradas y de acuerdo con los estándares internacionales de derechos humanos.

Artículo 2°: Finalidad

La presente Ley tiene por finalidad el reconocer los derechos de las personas infértiles, para así disfrutar de su calidad de vida y formar una familia de manera igualitaria, así como darles un mecanismo accesible y sin trabas o procedimientos largos y engorrosos que dificulten la formación de su propia familia.

Artículo 3°: Definiciones

- **Infertilidad:** Incapacidad de concebir después de un periodo prolongado de relaciones sexuales o de llevar a término un embarazo aun sin el uso regular de métodos anticonceptivos.
- **Esterilidad:** Incapacidad de una persona de producir permanente el material genético necesario para concebir.
- **Técnicas de reproducción asistida:** Procedimientos médicos que ayudan a las parejas con problemas de fertilidad a lograr el embarazo.

- **gestación por sustitución:** Técnica de reproducción asistida en el que una mujer acepta llevar a un bebé durante el embarazo y dar a luz al hijo de otra persona.
- **Fecundación in vitro:** Es una técnica de reproducción asistida en la que los óvulos y los espermatozoides se combinan fuera del cuerpo de la mujer en un laboratorio.
- **Gestante:** Mujer que lleva a un feto en su útero durante el período de gestación, alrededor de 9 meses, desde la fecundación hasta el parto.
- **Padres de intención:** Parejas que buscan tener hijos a través de técnicas de reproducción asistida, como la gestación por sustitución.
- **Altruismo:** Comportamiento desinteresado y generoso que se realiza con el fin de beneficiar a los demás, sin esperar nada a cambio
- **Oneroso:** Se utiliza para describir algo que implica un costo o una carga económica significativa.

Artículo 4°: Ámbito de aplicación:

Podrán acogerse a lo dispuesto en la presente ley, todas aquellas parejas casadas o convivientes que tengan certificado positivo de convivencia que lo acredite y que cumplan con los requisitos de los artículos octavo y decimo de la presente Ley.

Artículo 5°: Excluidos de ámbito de aplicación:

No podrán acogerse a la presente ley:

1. Personas que no cuenten con capacidad de ejercicio plena
2. Menores de edad
3. Parejas casadas o convivientes que no cuenten con certificación medica que compruebe su problema de infertilidad o de infertilidad y esterilidad de la mujer de la relación.
4. Personas con problemas acreditables de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía
5. Personas que cuenten con antecedentes penales que se marquen en el tipo penal contenido en:
 - a) El Código penal artículos: 149, 150, 152, 200, 273 al 279-D, 296 al 298, 315, 317, 318, 325 al 333, 346 al 350 o de los delitos de lavado de activos, o de la persona que haya sido condenada por sentencia firme como autor o partícipe de alguno de estos delitos.
 - b) Decreto Ley N° 25475

Artículo 6°: Consentimiento informado

La gestante debe ser informada por el doctor de todo el procedimiento médico que se llevará a cabo y de su estado durante el embarazo a ambas partes, así como las posibles consecuencias que se generen por el mismo y también por un abogado para las partes legales del procedimiento, de estar de acuerdo la gestante subrogada procederá a firmar un contrato con diversas clausulas entre ellas la más importante es la renuncia a su filiación y el traslado de dicha filiación a los padres de intención.

Artículo 7º: Habilitación

Solo podrán aplicar las técnicas de reproducción humana asistida aquellas instituciones públicas o privadas que hayan recibido la correspondiente habilitación del Ministerio de Salud Público para estos procedimientos específicos.

CAPITULO II:

PADRES DE INTENCIÓN

Artículo 8º: Requisitos para los padres de intención

Para realizar el procedimiento de la gestación por sustitución los padres de intención deben contar con los siguientes requisitos:

1. La pareja está casada o sean convivientes, lo cual debe ser acreditado mediante certificado positivo de convivencia.
2. Se debe contar con el consentimiento explícito de manera escrita y firmada por ambos cónyuges o convivientes.
3. La pareja debe contar con un rango de edad entre los treinta y cincuenta años.
4. Realizar un examen físico, un análisis psicológico y una evaluación socioeconómica, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo del niño.
5. En caso de usar el material genético de los padres de intención se debe acreditar que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan al embrión o que sean transmisibles a la descendencia y que no puedan ser tratadas luego del nacimiento del menor.
6. Se debe contar con un diagnóstico médico donde se indique que no puede tener hijos de manera convencional, puesto que es infértil y no puede llevar a término el embarazo o es infértil y estéril por lo que no puede producir óvulos sanos.
7. Los padres de intención se comprometen a garantizar la cobertura de todos los gastos médicos que deriven del embarazo, parto y puerperio de la gestante subrogada, además de una póliza de seguro la cual debe incluir posibles complicaciones que puedan surgir en el proceso del embarazo.

Artículo 9º: Excepciones de los padres de intención

Están excluidos de ser considerados para el uso de esta figura los padres de intención que cumplan con las siguientes condiciones:

1. Que alguno de los cónyuges no cuente con plena capacidad de goce y ejercicio.
2. Que alguno de los cónyuges no de su consentimiento.
3. Que alguno de los cónyuges sufra de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía.
4. Que alguno de los cónyuges entre en la condición mencionada en el numeral 5 del artículo 5 de la presente Ley.
5. Que no cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 8 de la presente ley.

CAPITULO III

GESTANTE SUBROGADA

Artículo 10º: Requisitos para la gestante subrogada

Para realizar el procedimiento de gestación por sustitución la gestante subrogada debe cumplir con los siguientes requisitos:

1. Realizar un examen físico, un análisis psicológico y una evaluación socioeconómica, para comprobar que su entorno social sea estable, libre de violencia y su condición física y psicológica sea favorable para el adecuado desarrollo del niño.
2. En caso de usar el material genético de la gestante subrogada para el procedimiento deberá acreditar que no padece enfermedades genéticas, hereditarias o infecciosas que comprometan la viabilidad del embrión o que sean transmisibles a la descendencia y no puedan ser tratadas luego del nacimiento del menor.
3. Contar con una edad entre los veinticinco y cuarenta años, que haya tenido un hijo con anterioridad, no haber estado embarazada en los últimos dos años para evitar cualquier complicación en el embarazo y de tener esposo o conviviente acreditable con certificado positivo de convivencia deberá contar con su consentimiento.

Artículo 11º: Excepciones para la gestante subrogada

Está excluida de ser considerada una gestante subrogada cualquier mujer que cumpla con las siguientes condiciones:

1. La gestante no cuenta con plena capacidad de goce y ejercicio
2. La gestante es un pariente hasta el 4 grado de consanguinidad o 4 grado de afinidad.
3. La gestante sufre de alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía
6. La gestante cuenta con la condición mencionada en el numeral 5 del artículo 5 de la presente Ley.
4. Si no cumple con los requisitos establecidos en el artículo 10 de la presente ley.

Artículo 12º: Atención medica informada

La gestante subrogada tiene derecho a negarse a recibir atención médica que no ponga en riesgo su vida y a que se le expliquen las consecuencias negativas de dicha decisión para su salud, así como las consecuencias negativas que puede acarrear el uso de la gestación por sustitución.

Artículo 13º En caso de peligro de la gestante durante el embarazo

En caso de que la vida o la integridad física de la gestante se encuentre en peligro durante el embarazo, se tomaran las medidas necesarias para garantizar su bienestar y seguridad, en caso extremo se considerara la interrupción del embarazo para proteger la vida de la gestante, salvo que la gestante se niegue.

Artículo 14º En caso de peligro del bebe durante el embarazo

En caso de detectar que el feto corre peligro durante el embarazo o durante el parto se tomaran las medidas necesarias para garantizar su bienestar y seguridad.

Artículo 15º En caso de peligro de ambas partes durante el embarazo

En caso de que tanto la gestante como el feto corran peligro, se tomarán las medidas necesarias para garantizar la seguridad y el bienestar de ambas partes, teniendo en consideración la decisión de la gestante de si desea continuar con el embarazo.

Artículo 16º En caso de peligro de la gestante durante el parto

En caso de que durante el parto surgen complicaciones que pongan en peligro la vida o la salud de la gestante o del feto, se tomarán las medidas necesarias para proteger su seguridad y bienestar, se dará prioridad a la opinión de la gestante en lo que respecta a su salud.

CAPITULO IV:

DONACIÓN DE MATERIAL GENÉTICO

Artículo 17º: Donación de gametos

La donación de gametos debe ser anónima y altruista, debiendo garantizar la confidencialidad de los datos de los donantes, a menos que el donante establezca lo contrario o que la información sea necesaria para una emergencia. El consentimiento informado por escrito del donante es obligatorio y puede revocarse en caso de que necesiten los gametos donados para sí mismos.

Artículo 18º: Requisitos del donante

Para realizar la donación de gametos se deben cumplir con los siguientes requisitos:

1. Ser mayor de edad
2. Contar con buen estado físico y mental
3. No contar con alguna enfermedad genética o hereditaria

Artículo 19º: Información del donador

Los receptores de los gametos deben recibir información sobre las características del donante ya sea altura, peso, etnia, historial médico, etc. La información que se proporciona no permite la identificación de la donante ni información de ámbito personal.

Artículo 20º: Banco de gametos

Las instituciones públicas y privadas que cuenten con autorización del Ministerio de Salud pueden realizar el resguardo de los gametos para el procedimiento de gestación por sustitución.

Artículo 21º: Clonación humana

Se encuentra estrictamente prohibido clonar seres humanos o realizar cualquier procedimiento que tenga como objetivo alterar la especie humana utilizando material genético obtenido a través de técnicas de reproducción asistida.

Artículo 22º: Inhabilitación

De llevarse a cabo lo descrito en el artículo 21 la institución podrá ser inhabilitada de practicar las técnicas de reproducción asistida.

Artículo 23º: Identidad del donante

La identidad del donante podrá ser revelada a solicitud del nacido o sus descendientes previa resolución judicial emitida por el juez competente o por solicitud del doctor por una emergencia médica, la información podrá ser nombre, edad, características físicas y no tendrá algún efecto referente a la filiación.

Artículo 24º: Secreto profesional

Toda información relacionada con la donación de gametos está protegida por secreto profesional médico, esto incluye los donantes de gametos y cualquier persona que participe en el proceso de donación. Solo se podrá divulgar con consentimiento previo de las partes involucradas

CAPITULO V:

MODALIDAD CONTRACTUAL

Artículo 25º: Formalidad del contrato

Se requerirá que la mujer infértil junto a su cónyuge o conviviente y la gestante subrogada formalicen un acuerdo en el que se establezcan las responsabilidades y obligaciones de cada una de las partes antes, durante y después de la gestación. Este acuerdo deberá ser realizado mediante un notario público.

Artículo 26º: Manifestación de voluntad

La voluntad de ambas partes (padres de intención y gestante subrogada) para la realización del contrato debe ser expresa e indubitable por lo que no se permite la representación legal. El contrato debe ser firmado por la madre y el padre contratantes (padres de intención) y con la gestante (gestante subrogada) y, si corresponde, su cónyuge o conviviente.

Artículo 27º: Modalidades de remuneración

1. Remuneración onerosa: Se paga una cantidad cierta y determinada, además de los gastos de la gestación.
2. Remuneración altruista: Se acepta gestar de manera gratuita

Artículo 28º: Vía procedimental

El presente contrato se dará mediante un trámite notarial, en el que se especificarán los compromisos, obligaciones y responsabilidades que adquieren las partes intervinientes en relación con el procedimiento de la gestación por sustitución, de suscitarse alguna controversia jurídica se llevara por el juzgado competente de la zona.

Artículo 29º: Obligatoriedad

Las obligaciones y compromisos que se hayan expresado en el contrato firmado por las partes serán de cumplimiento obligatorio. Se presume que las declaraciones contenidas en el contrato reflejan la voluntad conjunta de las partes y quien sostenga lo contrario deberá demostrarlo.

Artículo 30º: Culpa del comitente

En caso de que los padres de intención incumplan las obligaciones establecidas en el contrato, se considerará que han actuado con culpa. Esto puede incluir el incumplimiento de las obligaciones económicas o no brindar el cuidado adecuado a la gestante. Por lo que deberán hacerse cargo de las consecuencias generadas por dicho incumplimiento y pagar una compensación por los daños ocasionados y cumplir cabalmente por lo establecido en el contrato o negociar nuevos términos, pero haciéndose responsable del feto y del menor de manera obligatoria.

Artículo 31º: Culpa de la locadora

En caso de que la gestante incumpla las obligaciones establecidas en el contrato, se considerará que ha incurrido en culpa. Será responsabilidad de la gestante garantizar que la gestación se lleve a cabo cumpliendo lo indicado por su doctor, cumplir con los tratamientos médicos así como las citas médicas, y mantener comunicación constante con los padres de intención, de generarse algún daño a los comitentes o al feto con intención se deberá pagar una compensación equivalente al daño ocasionado a los comitentes, salvo caso donde la gestante incumpla la obligación por una situación que escapara de su control, en ese supuesto se dará la resolución del contrato y si ambas partes desean pueden volver a concertar el inicio de un nuevo contrato con la otra parte

Artículo 32º: Culpa de ambos

Establece la responsabilidad compartida entre los padres de intención y la gestante subrogada en caso de que la prestación del servicio no se realice adecuadamente debido a una falta de cooperación o incumplimiento de las obligaciones establecidas en el contrato por ambas partes, por lo que pueden llegar a la resolución del contrato o de seguir cumpliendo con un nuevo acuerdo generado por las partes que deberá de igual formar seguir la formalidad establecida en la presente ley.

Artículo 33º: Resolución de contrato

El contrato tendrá un plazo máximo de un año y medio; una vez cumplido el tiempo acordado se deja sin efecto el acuerdo previamente establecido.

Artículo 34º: Modalidades de gestación

La gestación por sustitución se realizará de las siguientes modalidades:

- 1. Gestación por sustitución tradicional:** Se da cuando la gestante subrogada será donante de ovulo además de ser inseminada con semen del padre biológico o un donante y se produce la fecundación de forma natural.
- 2. Gestación por sustitución gestacional:** Se da cuando la gestante no aporta su propio óvulo, sino que se utilizan óvulos de la madre de intención o de una donante y se fecundan con espermatozoides del padre o de un donante. La gestante no tiene ningún vínculo biológico con el futuro bebé.

Artículo 35º: Nulidad

El contrato de gestación por sustitución será nulo si:

- 1.** Exista algún vicio de la voluntad relativo a la identidad de las personas.
- 2.** No contar con el consentimiento de una de las partes.
- 3.** Se establezcan cláusulas que vulneren el interés superior del niño.
- 4.** No cumple con los requisitos señalados en la presente ley.

Si se suscitara dicha situación de nulidad y la gestante ya se encuentra en etapa de embarazo, el estado se hará responsable del niño y le buscara un hogar adoptivo.

CAPITULO VI

FILIACIÓN

Artículo 36º: Filiación de los hijos nacidos mediante la gestación por sustitución

La filiación del bebe nacido que nace producto del uso de la gestación por sustitución corresponderá a quienes hayan solicitado y aceptado el acuerdo de llevar a cabo una gestación subrogada.

Artículo 37º: Determinación legal de la filiación

La filiación legal se determinará siguiendo lo plasmado en el contrato realizado entre padres de intención y la gestante y que sean reconocidos como los padres legales en el certificado de nacimiento.

Artículo 38º: Inexistencia de la filiación de la gestante

La gestante no tiene derechos sobre el bebé gestado por ella en calidad de gestación por sustitución, por lo que cualquier intento de la gestante subrogada de reclamar derechos de filiación o paternidad sobre el recién nacido a través de una demanda legal u cualquier otro medio será inadmisibile.