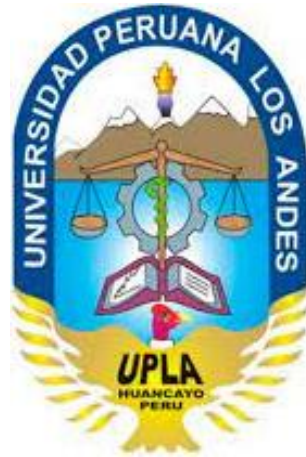


Universidad Peruana Los Andes
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Escuela profesional de Derecho



Informe Final

**La maternidad subrogada y filiación en el Anteproyecto
de la Reforma del Código Civil peruano**

- Para optar** : El título profesional de Abogado
- Autor** : Bach. Castro Pérez, Luis Alvaro
- Asesora** : Mg. Peña Hinojosa, Martha Isaura
- Línea de investigación** : Desarrollo Humano y Derechos

Huancayo – Perú

2021

JURADOS DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

Dr. POMA LAGOS, Luis Alberto
PRESIDENTE

Mg. CIFUENTES MOYA, German Víctor
JURADO

Mg. ORIHUELA ABREGÚ, Alexander
JURADO

Mg. GUTIÉRREZ PÉREZ, Augusto Benjamín
JURADO

Mg. TAPIA FLORES, Caroline Isabelle
SECRETARÍA ACADÉMICA

ASESORA

Mg. PEÑA HINOSTROZA, Martha Isaura

DEDICATORIA

A taya Valichu y doña Olguita, mis autores.

El autor

AGRADECIMIENTO

- A la Universidad Peruana Los Andes, por la formación en el ámbito profesional.
- A la Escuela profesional de Derecho y Ciencias Políticas, por brindarme las pautas estructurales para desarrollar la investigación.
- A mi asesora, por el encomiable apoyo y orientaciones brindadas durante la investigación.

Luis Alvaro

CONTENIDO

PORTADA	
JURADOS	ii
ASESORA	iii
DEDICATORIA	iv
AGRADECIMIENTO	v
CONTENIDO	vi
CONTENIDO DE TABLAS	ix
CONTENIDO DE FIGURAS	x
RESUMEN	xi
ABSTRACT	xii
INTRODUCCIÓN	xiii

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

1.1. Descripción del problema	16
1.2. Delimitación del problema	20
1.3. Formulación del problema	20
1.3.1. Problema general	20
1.3.2. Problemas específicos	21
1.4. Propósito de la investigación	21
1.5. Justificación	21
1.5.1. Social	21
1.5.2. Teórica	21
1.5.3. Metodológica	22
1.6. Objetivos	22
1.6.1. Objetivo general	22
1.6.2. Objetivos específicos	22
1.7. Importancia de la investigación	23
1.8. Limitaciones de la investigación	23

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes	24
2.2. Bases teóricas o científicas	37
2.2.1. Maternidad subrogada	37
2.2.2. Filiación	47
2.2.3. Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.	55
2.3. Marco conceptual	60

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Metodología	63
3.1.1. Método general	63
3.1.2. Métodos específicos	63
3.2. Tipo de estudio	64
3.3. Nivel de estudio	65
3.4. Diseño de estudio	65
3.5. Escenario de estudio	66
3.6. Caracterización de sujeto o fenómenos	66
3.7. Trayectoria metodológica	66
3.8. Mapeamiento	67
3.9. Rigor científico	67
3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos	68
3.11. Tratamiento de la información	68

CAPÍTULO IV
RESULTADOS

4.1. Maternidad subrogada en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano	69
4.2. Filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano	78
DISCUSIÓN DE RESULTADOS	89
PROPUESTA DE MEJORA	105
CONCLUSIONES	108
RECOMENDACIONES	109
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	110
ANEXOS	
Matriz de consistencia	
Instrumentos	

CONTENIDO DE TABLAS

Tabla 1. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415 del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada	70
Tabla 2. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-A del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada	72
Tabla 3. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-C del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada	74
Tabla 4. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-D del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada	75
Tabla 5. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415 del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación	79
Tabla 6. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-A del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación	81
Tabla 7. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-B del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación	83
Tabla 8. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-C del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación	84
Tabla 9. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-D del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación	86

CONTENIDO DE FIGURAS

Figura 1. Cartografía del estado legislativo de la maternidad subrogada en el mundo	17
Figura 2. Acceso a TRA en Latinoamérica por millón de habitantes	18

RESUMEN

La investigación intitulada “La maternidad subrogada y filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano” surgió con el problema ¿de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS?, cuyo objetivo fue explicar de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS. La metodología se ancló en el método científico como método general y al análisis-síntesis, exegético, comparativo, dogmático y hermenéutico como específicos; fue de tipo básico-teórico, nivel descriptivo y diseño investigativo documental. Los resultados fueron trabajados en cuanto a la maternidad subrogada, la filiación, la normativa en el Anteproyecto, la doctrina y la tecno-biología. Se concluye que en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil la maternidad subrogada es aceptada para parejas heterosexuales formales y para someterse es necesario recurrir al principio de la voluntad procreacional y la consolidación del proyecto familiar; donde la filiación le corresponde y es otorgada a aquel(la) que lo solicitó y dio su consentimiento previo, informado, libre, expresa, personal y voluntaria. Se recomienda que el MINJUSDH desarrolle los mecanismos necesarios para que el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil se materialice y así tengamos una norma sustantiva que regula la maternidad subrogada y el proceso de filiación en el Perú.

Palabras clave: maternidad, subrogación, filiación, Anteproyecto de la Reforma, Código Civil.

ABSTRACT

The research entitled "Surrogacy and Filiation in the Draft of the Reform of the peruvian Civil Code" arose with the problem in which way the surrogate motherhood and filiation are presented in the Draft of the Reform of the peruvian Civil Code according to the R.M. n° 0300-2016-JUS?, whose objective was to explain how surrogacy and filiation are presented in the preliminary Draft of the Reform of the peruvian Civil Code according to the R.M. n° 0300-2016-JUS. The methodology was anchored in the scientific method as a general method and the analysis-synthesis, exegetical, comparative, dogmatic and hermeneutical as specific; it was of a basic-theoretical type, descriptive level and documentary investigative design. The results were worked on in terms of surrogacy, filiation, the regulations in the preliminary draft, doctrine and techno-biology. It is concluded that in the Draft of the Civil Code Reform, surrogacy is accepted for formal heterosexual couples and to submit it is necessary to resort to the principle of procreation and the consolidation of the family project; where the affiliation corresponds to and is granted to the person who requested it and gave their prior, informed, free, express, personal and voluntary consent. It is recommended that the MINJUSDH develop the necessary mechanisms so that the Draft of the Civil Code Reform is materialized and thus we have a substantive norm that regulates surrogacy and the filiation process in Peru.

Key words: maternity, surrogacy, filiation, Draft of the Reform, Civil Code.

INTRODUCCIÓN

La presente investigación trata sobre un tema no solo coyuntural en la actualidad, sino que ocupa un lugar importante en las discusiones legislativas de casi todo el orbe, dado que su ejercicio se está masificando con gran auge en todas las latitudes. La maternidad subrogada y el proceso de filiación que aparece como consecuencias de ella y cómo se está desarrollando la normativa entorno a estos dos fenómenos; por mencionar en el caso peruano, es necesario revisar el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.

La Maternidad Subrogada (MS) es un mecanismo para poder tener descendencia en determinadas circunstancias y los procedimientos para alcanzar presentan diversos matices, así como los tratos que arriban las personas intervinientes. Se puede participar desde un acto filantrópico, pasar por el campo oneroso y llegar hasta el punto de la explotación. Los sujetos que intervienen pueden ser hasta seis (la pareja que encarga, los donantes de genes, la madre gestante y el marido de esta) para con un solo niño, es necesario analizar el rol que juegan cada uno de estos seres en relación al menor y entre ellos mismos, de tal manera que ninguno quede perjudicado y sobretodo la protección del menor “principio del interés superior de niño”. La nomenclatura misma presenta una diversidad: maternidad subrogada, vientre de alquiler, maternidad por encargo, gestación subrogada, gestación por encargo, procreación por cuenta de otro, entre otros. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA) generalmente son: la fecundación in vitro e inseminación artificial, donde es necesario mencionar el recurrente uso de gametos donados (óvulos y espermatozoides).

El proceso de la filiación nos lleva a determinar el vínculo entre un ser y su progenitor (padre y/o madre), en la figura de la maternidad subrogada recae otra vez la paradoja mencionada – el vínculo que existirá entre el niño y los (hasta) seis sujetos intervinientes– quiénes son los indicados para ser catalogados como madre y madre del menor o cabe en esta figura la potestad de tener más de uno; en el mismo sentido surgen otras inquietudes como: qué pasa si el que encargó se negara aceptar o si más de uno reclama el vínculo filiatorio, entre otras interrogantes tangenciales que puede surgir a razón de esta práctica. Entonces, es necesario analizar el proceso de filiación que se presenta a razón de la maternidad subrogada.

El accionar normativo en cada legislación en cuanto a esta materia tiene un rol muy importante, dado que es quien regula y puede dar solución sistemática y legal a todos los supuestos que ocurren. Lo curioso es que no todas las sociedades lo tienen positivizados, aunque en la práctica ya está ocurriendo entre sus ciudadanos. En el caso peruano, el actual Código Civil no lo regula y supletoriamente –mas no adecuada– lo trata la Ley General de Salud - Ley N° 26842 que su artículo 7 menciona: “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 personas”. Por esta razón, el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS propone en la modificación del existente (artículo 415) con los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D mecanismos para regular estas dos variables. Es necesario analizar exegetica, dogmática, comparada y tecno-biológico estos fenómenos para así obtener mecanismos prácticos para los investigadores, operadores jurídicos y colectividad en general. Con lo expuesto la investigación presenta el problema ¿de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS?

El objetivo general que persigue el presente estudio se basa en explicar de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS. En el mismo horizonte se puede apreciar los objetivos específicos: describir la presencia de la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma, describir la presencia de la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma e identificar cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú.

La metodología del trabajo estuvo anclada bajo el método general que fue el científico, ya que se ciñe al proceso de la cientificidad para obtener resultados comprobables y que puedan ser debatidos en el campo jurídico. Asimismo, se trabajó con métodos específicos, tales como el analítico-sintético (que permite ver un todo en sus partes para poder estudiarlos y arribar a conclusiones que van a concretar ideas confiables), comparativo (permite contrastar los elementos de un todo ubicando sus diferencias y semejanzas como parte del proceso investigativo y así alcanzar puntos concluyentes), exegetico (apoya con el estudio de la

norma en sí para poder determinar su funcionalidad), dogmático (proporciona la visión de los juristas en el análisis de la norma y las instituciones desde su espíritu y funcionalidad para proyectar su buen uso) y hermenéutico (apoya interpretando al Derecho con el fin de encontrar anomalías en la regulación o el sistema). Los mismos que se perfilaron a la técnica de análisis documental para así poder detallar cada variable componente de la investigación y poder de esta forma arribar a las conclusiones después de procesar los datos, ubicar los resultados y triangular la discusión.

La investigación está dividida en cuatro capítulos, con la siguiente estructura:

En el Capítulo I: Determinación del problema; se desarrolla la descripción del problema, delimitación del problema, formulación del problema (general y específicos), propósito de la investigación, justificación (social, teórica y metodológica), objetivos (general y específico), importancia de la investigación y las limitaciones de la investigación.

En el Capítulo II: Marco Teórico; se trabajan los antecedentes, bases teóricas o científicas (maternidad subrogada, filiación y el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS) y el marco conceptual.

En el Capítulo III: Metodología; se trabajó la metodología (método general y específicos), tipo de estudio, nivel de estudio, diseño de estudio, escenario de estudio, caracterización de sujeto o fenómeno, trayectoria metodológica, mapeamiento, rigor científico y técnicas e instrumentos de recolección de datos.

En el capítulo IV: Resultados; se trabajó los resultados a los que se arribó después del estudio. Además de ello, se presenta la discusión de resultados, propuesta de mejora, conclusiones, recomendaciones, las referencias bibliográficas y anexos.

Estoy seguro que la investigación aportará de la mejor manera en el campo teórico y práctico del tema en cuestión.

El autor.

CAPÍTULO I

DETERMINACIÓN DEL PROBLEMA

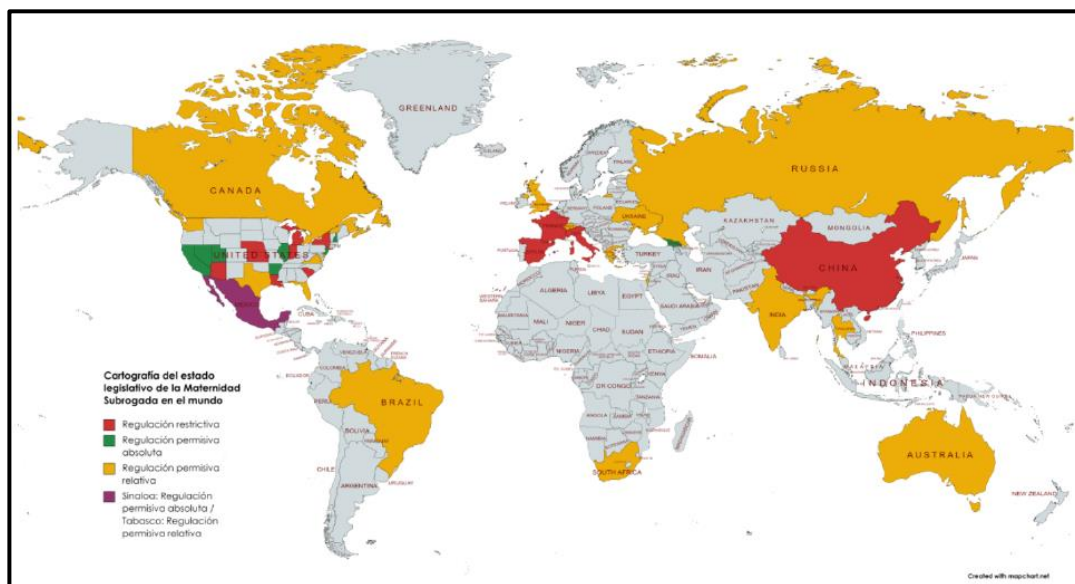
1.1. Descripción del problema

Desde la formación de las sociedades, las familias fueron quienes apuntalaron y consolidaron su permanencia y desarrollo constante; dentro de estas, el vínculo que se establece entre padres, hijos, hermanos y demás miembros son los que garantizan la transmisión de costumbres, hábitos y normas para con su comunidad y Estado. Las relaciones más íntimas son las que se dan entre progenitores y descendientes, dado que consolidan la perpetuación, el desarrollo personal, un objetivo marital, la sucesión, transmisión de conocimientos, afecto, entre otros.

Dentro de este transcurrir normal, no puede haber dificultades en su andar por su tiempo y espacio; sin embargo, la ciencia nos ha demostrado en reiteradas oportunidades que no es el cien por ciento aplicable en todas las circunstancias; las excepciones son parte del andar de la humanidad. Un factor que ejemplifica lo referido es que no todos los hombres tienen la capacidad para procrear hijos de forma natural y/o convencional, y es la misma ciencia, aunada con las prácticas -primero aislada y luego recurrentes- que llevaron a presentar alternativas de solución a esta dificultad.

La incapacidad de poder procrear hijos puede incluir a un miembro de la pareja o a ambos, aunque el deseo de tener uno, impulsa a recurrir a las alternativas que le propone la ciencia y la sociedad: la adopción y las técnicas de reproducción humana asistida. A su aparición, es el Estado –mediante sus legisladores– quienes empiezan a regular normativamente para su licitud o ilicitud, teniendo como mandato su órgano constitucional y soberanía. La adopción ya está regulada en la norma sustantiva de cada país, mientras que las TRHA están ingresando paulatinamente en la normativa; algunos la adoptaron favorablemente, otros parcialmente y existe un grupo de legislaciones que la deniega; pero, su uso se hace cada vez con mayor frecuencia entre sus habitantes, y esto se refleja en todo el orbe, de tal manera que se puede detallar.

Figura 1. Cartografía del estado legislativo de la maternidad subrogada en el mundo



Fuente: Muñoz-Gómez (2018) como se citó en Muñoz-Gómez (2021)

Como refiere la figura, existen legislaciones en el mundo que presentan regulación restrictiva, permisiva absoluta, permisiva relativa y otras naciones que no las toman dentro de su campo normativo, como es el caso de la mayoría de países centro y sudamericanos.

En cuanto a la región se puede evidenciar el uso de las técnicas de reproducción humana asistida, donde el país se ubica en las últimas escalas, donde el acceso a la fecundación *in vitro* (FIV) e inyección intracitoplasmática (ICSI) se evidencia que sobrepasan al millar y medio por el millón de habitantes del Perú, mientras que la transferencia de embriones desvitrificados (TEC), en cuanto a los ovocitos donados (OD) esto sobrepasa a los ochocientos y en cuanto a la transferencia de embriones derivados de ovocitos autólogos y donados congelados/descongelados que arriban medio centenar. Cabe resaltar que este cuadro se presenta con la población del año 2016, sin embargo, esta fue tratada por Zegers-Hochschild en el 2019. Con toda esta data se puede evidenciar que el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la donación de genes (óvulos) está presente, tanto en la región como en el Perú en estos últimos años.

Figura 2. Acceso a TRA en Latinoamérica por millón de habitantes

Pais	Centros	FIV e ICSI	TEC	OD	Otros	Nº total de procedimientos	Población 2016*	Tasa de acceso**
Argentina	27	11.192	4.535	3.880	335	19.942	43.508.000	458
Bolivia	3	412	63	180	0	655	11.032.000	59
Brasil	62	20.027	9.818	2.526	975	33.346	206.163.000	162
Chile	10	2.253	1.156	862	217	4.488	18.209.000	246
Colombia	12	1.254	463	540	71	2.328	48.175.000	48
Rep Dom	1	39	18	43	0	100	10.398.000	10
Ecuador	6	537	269	250	74	1.130	16.491.000	69
Guatemala	1	106	45	43	0	194	16.583.000	12
México	33	5.984	2.535	3.389	327	12.235	123.333.000	99
Nicaragua	1	109	7	14	0	130	6.304.000	21
Panamá	3	480	156	149	15	800	4.037.000	198
Paraguay	1	109	69	32	4	214	6.778.000	32
Perú	10	1.519	591	844	516	3.470	30.926.000	112
Uruguay	1	601	218	133	10	962	3.424.000	281
Venezuela	7	633	180	300	2	1.115	29.851.000	37
Total	178	45.255	20.123	13.185	2.546	81.109	575.212.000	141

Tabla modificada de Zegers-Hochschild F et al., 2019 (ref. 22).
 Abreviaturas: FIV/ICSI: fecundación *in vitro*/inyección intracitoplasmática de espermios; TEC: transferencia de embriones desvitrificados; OD: ciclos iniciados para la transferencia de embriones frescos o congelados utilizando ovocitos donados; Otros: la transferencia de embriones derivados de ovocitos autólogos y donados congelados/descongelados.
 *Información sobre población obtenida de <https://population.un.org/wpp/DataQuery/> (acceso 21/03/20).
 **Número de ciclos iniciados por millón de habitantes en 2016.

Fuente: Céspedes y Correa (2021, p. 193)

La fecundación *in vitro*, inseminación artificial son las más recurrentes para procrear de forma asistida, estas se amparan en la Ley General de Salud, no obstante, en el Código Civil no tiene presencia, por lo que urge regularlo. A ellas, se añan la donación de gametos, congelación de óvulos y semen, biopsia testicular, eclosión asistida y la aparición de la maternidad subrogada.

La maternidad subrogada no se encuentra regulada en la norma nacional, mas en la praxis, sí existe, y su accionar está desde el plano filantrópico, oneroso y explotación; donde los acuerdos arribados en esta figura se acatan o incumplen parcial o totalmente. Dentro de todo ello, se toca elementos como la dignidad de las mujeres, anhelos personales, interés superior del niño, identidad de la persona, filiación, reconocimiento de la paternidad y demás acciones conexas.

El Código Civil chileno, en su artículo 182, trata el tema de la reproducción humana asistida, detallando que este únicamente se basa en la inseminación artificial y fecundación in vitro, donde estipula que “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta.” Desligando a la subrogación materna de forma expresa, mas no en la interpretación que puede acarrear la discusión.

En el caso nacional, con la presencia del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano, publicado en 2019, se llega a tocar este tema, en sus artículos 415 al 415-D, específicamente en este último se menciona que: “1.-El parto determina la maternidad. 2.- La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros. 3.-En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí. 4.-Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.”, de esta forma se abarca tanto el tema de la maternidad subrogada como la filiación que dará efecto a razón de la primera.

Un tema que trae a discusión es planteado por Mujer, Madre y Profesional de profesionales por la Ética (MMPPE, 2015) que refiere que en la maternidad subrogada y su efecto de filiación son hasta 6 personas quienes pueden exigir la paternidad/maternidad del niño que nació mediante la maternidad subrogada, entre ellos hace alusión a aquella “madre genética/biológica (donante de óvulos), madre gestante (vientre de alquiler), mujer que ha encargado el bebé, padre genético (donante de espermatozoides), marido o pareja de la madre gestante (que tiene presunción de paternidad), y hombre que ha encargado el bebé” (p. 5), llevando a un litigio entre todas estas personas intervinientes y dañando esencialmente al niño.

Por lo mencionado, nos surge interrogantes como, quién es el beneficiado y perjudicado con esta práctica, es un acto de humanidad o es un negocio, la regulación

interpreta lo que ocurre en la sociedad, cómo interactúa la norma, la doctrina y la norma en los casos de maternidad subrogada, estamos preparados como peruanos para tratar este tema dentro de nuestra legislación, es necesario modificar el Código Civil peruano, el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil está de acuerdo a la necesidad social y normativa internacional, cómo están tratados la maternidad subrogada y la filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, entre otras preguntas.

1.2. Delimitación del problema

Delimitación temporal

El trabajo de investigación se desarrolló entre el mes de octubre de 2021 a enero del año 2022.

Delimitación espacial

El trabajo de investigación se desarrolló dentro del espacio peruano en mérito a la competencia jurisdiccional que otorga el Código Civil y su Anteproyecto de la Reforma en cuanto a esta materia.

Delimitación normativa

Para el estudio de investigación se revisó el Código Civil de 1984 en su artículo 415, el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano (R.M. n° 0300-2016-JUS) en los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C, 415-D, y la Ley N° 26842 - Ley general de Salud en el artículo 7.

Delimitación de estudio

El estudio se desarrolló con el trabajo de gabinete, dentro de los parámetros del enfoque cualitativo y del rango analítico-descriptivo.

1.3. Formulación del problema

1.3.1. Problema general

¿De qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS?

1.3.2. Problemas específicos

- ¿Cómo se presenta la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma?
- ¿Cómo se presenta la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma?
- ¿Cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú?

1.4. Propósito de la investigación

El propósito de la investigación fue para detallar adecuadamente la maternidad subrogada, filiación y cómo se presenta en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS, de tal modo que se puede esclarecer cualquier duda en el ámbito normativo, doctrinario y tecno-biológico, beneficiando tanto a los operadores jurídicos, investigadores, legisladores, como a la colectividad al tener un material a su alcance y en su lenguaje apropiado. Del mismo modo, con los resultados de la investigación se logró alcanzar un dominio del tema para un buen desenvolvimiento en la praxis laboral.

1.5. Justificación

1.5.1. Social

El motivo de la investigación se basó en el estudio de la praxis social de la filiación, maternidad subrogada, ya que estos fenómenos se dan en la realidad - no solo nacional y no es reciente-, sin embargo, al no existir una regulación normativa se afecta los derechos y obligaciones de los participantes. Fue necesario su estudio para dilucidar y poner al alcance de la colectividad las propuestas que se están dando en esta materia, de tal modo que se puede entender con un lenguaje sencillo su forma de aplicación y utilidad práctica.

1.5.2. Teórica

El desarrollo del trabajo de investigación permitió ahondar el estudio normativo, doctrinario y tecno-biológico en cuanto a la filiación, maternidad subrogada,

cómo se aplica en la norma nacional (Código Civil y Ley General de Salud) y cuáles son sus proyecciones a posteriori (Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano), de tal modo que los operadores jurídicos, investigadores y legisladores pueden tener al alcance un material con rango científico para su consulta.

1.5.3. Metodológica

La investigación intitulada “la Maternidad Subrogada y Filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano” una vez culminadas las actividades permitió especificar las técnicas, métodos de estudio, entre otros aspectos, para que así los investigadores metodólogos puedan usarlas en otros trabajos con enfoque cualitativo, del mismo modo proporcionó a la comunidad científica de la universidad tener una guía para hacer estudios análogos, dado que se carece de investigaciones con este corte: cualitativo, donde la valoración viene del análisis mismo del fenómeno como fuente sustancial.

1.6. Objetivos

1.6.1. Objetivo general

Explicar de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.

1.6.2. Objetivos específicos

- Describir la presencia de la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma.
- Describir la presencia de la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma.
- Identificar cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú.

1.7. Importancia de la investigación

El desarrollo de la presente investigación es significativo, porque permitió analizar, explicar, describir e identificar lo referente a la filiación, maternidad subrogada desde el ámbito legal, doctrinario y tecno-biológico y como ésta se presenta en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano. Asimismo, es importante el estudio de este tema, ya que en la praxis y en los hechos cotidianos se está dando desde hace más de una década –de forma no regulada y llegando hasta el margen de la ley “mercado negro”– y no tenemos la normativa específica que pueda establecer los parámetros para resguardar a los intervinientes en el ejercicio de sus obligaciones y derechos; en el mismo sentido, es de suma importancia para la sociedad, puesto que estos hechos se suscitan en su seno.

1.8. Limitaciones de la investigación

La investigación presenta limitaciones en el ámbito legal, porque no se tiene antecedentes normativos nacionales en la materia. La otra limitación es en cuanto a la nomenclatura jurídica adecuada en base a la maternidad subrogada, porque existes varias denominaciones, tales como gestación subrogada, vientre de alquiler, gestación por encargo, gestación por cuenta de otro, procreación por cuenta de otro, entre otros, por lo cual se adoptó arbitrariamente para la investigación “maternidad subrogada”; y cómo se muestra la filiación en esta figura.

CAPÍTULO II MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes

- **Internacional**

TORRES QUIROGA, Miguel (2018): *“Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada”*. Universidad Autónoma de Madrid (España), tesis para optar al Grado de Doctor; concluye que una aproximación desde la libertad negativa es insuficiente para construir una definición justa de autonomía procreativa para las mujeres. No estoy diciendo que ahora debamos de redefinir dos o más concepciones de autonomía procreativa para alcanzar la justicia de género. Lo que sostengo es que el marco teórico libertario no ha demostrado preocupación por el peso y la relevancia que la desigualdad entre hombres y mujeres tiene precisamente para la autonomía procreativa. La defensa de la subrogación de vientre por parte de los libertarios de derecho nos ha demostrado cuán indiferentes es a esta materia. Primero, no han prestado atención respecto a las diferencias entre el aborto y la subrogación de vientre. A diferencia del debate en torno al aborto o interrupción legal del embarazo, el cual encontramos en el corazón de la lucha de las mujeres por la igualdad y la libertad, la demanda por legalizar la maternidad subrogada no tiene nada en común con aquella. En la segunda, la demanda proviene de los denominados padres intencionales, en particular de aquellos suficientes para cubrir los gastos relacionados con este proceso.

BALDESSARI, María (2017): *“Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y los derechos de los hijos así concebidos”*. Universidad de Navarra (España), tesis para optar el Grado de Máster en Matrimonio y Familia; concluyendo que se ha descripto la filiación por Técnicas de Reproducción Humana como una filiación con características especiales donde el dato biológico o genético prácticamente desaparece para la determinación de la filiación, con la única excepción de que se sigue considerando que madre es

aquella que ha dado a luz. Se expuso a lo largo del trabajo cómo este nuevo tipo de filiación nacida del legítimo y respetable deseo del adulto de ser padre colisiona en muchos casos con los derechos del hijo. Finalmente, a través de los capítulos abordados se buscó demostrar la tesis de trabajo planteada: cómo en esta nueva categoría filiatoria fundada en la voluntad procreacional se legisla primordialmente tomando en cuenta las necesidades del adulto que hará uso de esta Técnica de Reproducción Humana Asistida.

VITERI SÁNCHEZ, María (2019): “*Problemas Jurídicos Derivados de la Maternidad Subrogada en el Ecuador*”. Universidad Andina Simón Bolívar (Ecuador), tesis para obtener la Maestría Profesional en Derecho Constitucional; concluye que la Maternidad Subrogada es un modo especialísimo de generar vida, por medio de la utilización de un vientre distinto al de las personas que buscan procrear de manera extracorpórea. La preocupación jurídica recae en principios sobre el replanteamiento y la búsqueda de trastocar conceptos derivados de la filiación, la misma definición de madre, la voluntariedad como fuente de filiación y el choque axiológico de estas instituciones que se agravan aún más frente a la anomia expresada desde el silencio normativo en la materia y el universo de problemáticas jurídico-sociales que durante estas transacciones pueden generarse.

ALBARELLO LEONEL, Camila (2019): “*La Maternidad Subrogada*”. Universidad Cooperativa de Colombia (Colombia), tesis para optar el Título de Abogada; concluyendo que en la actualidad la práctica de la maternidad subrogada o alquiler de vientre ha sido un motivo de preocupación de las legislaciones en muchos países como por ejemplo México, Rusia, India, España, Estados Unidos entre otros han preferido normas y directrices que permitan realizar esta práctica dentro de los márgenes de la ley, no obstante, en Colombia esta regulación no existe, por ende, en la actualidad la no prohibición de esta práctica permite que sea distinto de parejas extranjeras que desean ser padres y por los altos costos de esta práctica en sus países de origen ver a Colombia como el lugar perfecto para cumplir este sueño, por ende, se ha venido presentando un

fenómeno en las mujeres colombianas de bajos que alquilan su vientre con el fin de superar sus condiciones económicas.

AVALOS MEDINA, Carolina (2017): “*La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño*”. Universidad Técnica de Ambato (Ecuador), tesis para obtener el Título de Abogada de los Juzgados y Tribunales de la República del Ecuador; donde la investigación teórica, documental e investigativa realizada sobre la maternidad subrogada se llegó a la conclusión que está es un procedimiento medico en el cual una mujer previo acuerdo con las partes (padres biológicos), presta su vientre para quedar embarazada y al concluir el embarazo entrega al niño a los padres que guardan un vínculo genético con el menor. Este tipo de maternidad es un procedimiento medico muy frecuente que optan parejas las cuales no pueden quedar embarazadas, siendo la maternidad subrogada usada a nivel mundial teniendo tres formas en las que algunas nacionales la permiten o prohíben. En algunos países es un procedimiento permitido, en otros está prohibido que la mujer alquile su vientre mientras que en algunos existe restricciones o cláusulas que deben cumplir las parejas que vayan alquilar el vientre, así como la mujer que lo alquila, uno de esos requisitos es que las madres subrogantes sean familiares y esta práctica médica se lo hago con fines altruistas.

JIMÉNEZ PEDRAZA, Andrea (2019): “*Maternidad Subrogada, Propuesta de Reforma al Apartado 4.177 Bis del Código civil del Estado de México*”. Universidad Autónoma del Estado de México (México), tesis para obtener el Título de Licenciada en Derecho; se concluyó que el marco teórico que se empleó para analizar nuestro objeto de estudio permitió precisar la magnitud del problema y con ello plantear una solución al proceso de la maternidad subrogada. La maternidad legal se convierte en un tema de prioridad social y de salud esencial para salvaguardar la integridad de la familia que, en el Estado de México, debe ser atendida para garantizar los derechos humanos de los niños y el interés superior del menor producto de una subrogación del vientre. Por ello, la llamada madre sustituta, o madre de alquiler, debe contar con una regulación jurídica que le permita ofrecer seguridad jurídica tanto para la madre gestora

como para la madre artificial, que tienda a beneficiar al menor. La inseguridad a que ven expuestas ambos tipos de mujeres las coloca en el nivel del conflicto con serias consecuencias para los menores.

PARADO OSPINA, Nicolás (2019): “Análisis del Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación Colombiana”. Universidad Cooperativa de Colombia (Colombia), tesis para adquirir el Título de Abogado; donde el objetivo de esta investigación era determinar los alcances jurídicos del contrato de maternidad subrogada en Colombia, para poder llegar a esta determinación, fue necesario un estudio exhaustivo de las fuentes formales del derecho acompañadas de una trayectoria investigativa por un periodo de 10 años, el margen de estudio en cuanto al análisis que se le realizó a estas fuentes formales del derecho fue amplio, como resultado se obtuvo en primera medida que, en el derecho internacional existen varios puntos de perspectiva en cuanto este contrato.

SALAZAR CARRERA, Giovana (2018): “La filiación y la maternidad subrogada”. Universidad Técnica de Ambato (Ecuador), trabajo para optar el título de Abogada; concluyendo que el derecho a la filiación es la relación jurídica que se determina entre un hijo y su padre, de esta se generan una serie de derechos y obligaciones, motivo por el cual es necesario que se instaure como un medio de filiación en el Código Civil ecuatoriano los niños que nacen por la técnica reproductiva de maternidad subrogada. En nuestro país las principales causas por las que las parejas acceden a la maternidad subrogada son la infertilidad y esterilidad irreversible, debido a que existe un índice de 45 % de casos, estas enfermedades cada vez más aumenten el índice de casos, por lo que es necesario que la legislación ecuatoriana vaya acorde a los avances científicos. De acuerdo a la investigación en base al criterio de las personas encuestadas e investigadas se considera necesario que se realice una reforma en el código civil ecuatoriano, con la finalidad que se regule la filiación entre un niño nacido por maternidad subrogada y sus padres biológicos.

- **Nacional**

RAMIREZ JARA, Elena (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”*. Universidad Nacional de Huancavelica (Perú), tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho y Ciencias Políticas; concluyendo que, nuestra legislación actual proporciona una regular adecuación en la regulación normativa respecto a la maternidad subrogada. El único amparo es la Ley General de Salud (artículo 7), aun así es una norma insuficiente ya que no encuentra una solución a las diversas controversias jurídicas que se vienen dando, en referencia al primer objetivo específico concluyo que Es necesario la regulación de la maternidad subrogada, porque con una debida regulación se apaciguarán y resolverán polémicas jurídicas que están quedando en el olvido, y sin acción alguna existiera la vulneración de derechos fundamentales.

SANTOS BARRIENTOS, Ysabel (2020): *“Lineamientos para Establecer la Filiación de un Menor Nacido por Embarazo Subrogado en el Perú”*. Universidad Andina del Cusco (Perú), tesis para optar al Grado Académico de Maestro en Derecho Constitucional; concluye que la filiación es un derecho tanto para padres como para los recién nacidos, el procedimiento de filiación está regulado y respaldado por la norma correspondiente la misma que esta positivizada en el Código Civil, siendo así es que no existe vacío alguno respecto a cuáles son los pasos para reconocer a un recién nacido, y no privarlo de sus derechos básicos como son el derecho a la dignidad, identidad, nombre, familia, entre otros, la maternidad subrogada es un procedimiento nuevo para poder concebir un hijo, siendo así una opción para aquellas parejas que tienen el deseo de ser padres, el no tener una norma positivizada del tema, hace que exista un vacío y por ende un inadecuado empleo de dicho procedimiento que solo provocara violación de derechos de las partes intervinientes.

TEJADA TEJADA, Janellyn (2019): *“Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada Dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano”*. Universidad

Católica de Santa María (Perú), tesis para optar por el Grado Académico de Maestro en Derecho Civil; concluye que en nuestro país existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada y solo el artículo 7 de la Ley General de Salud hace referencia este tema de manera general y superficial, del mismo modo ni la Constitución Política, ni el Código Civil señalan aspectos referidos a la maternidad subrogada, se apreció que en el Perú existe un vacío legal sobre la maternidad subrogada que puede generar futuros conflictos sociales y jurídicos en distintas figuras jurídicas como familia, matrimonio, maternidad, filiación y otros. Del mismo modo se presenta la problemática de la atribución de la maternidad de un hijo obtenido a través de la maternidad subrogada.

VELIZ ORTIZ, Rosa (2019): “Implicancias de los Contratos de Maternidad Subrogada Sobre el Derecho Fundamental a la Identidad del Concebido por la Técnica de Reproducción Asistida de Maternidad Subrogada”. Universidad Católica de Santa María (Perú), tesis para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho Civil; concluye que pese a que la maternidad subrogada se encuentre permitida en el Perú, ésta no cuenta con una adecuada regulación normativa; y, ello lleva consigo la vulneración al derecho a la identidad del concebido por tal técnica porque al momento de su nacimiento, nuestro ordenamiento presenta obstáculos a los padres con la voluntad procreacional o biológicos (padres que contrataron el vientre sustituto) para reconocer al menor como su hijo; así tanto el derecho a la identidad en su vertiente estática y dinámica se ve vulnerado. Se puede identificar que – como consecuencia de la falta de normatividad sobre la maternidad subrogada – la identidad estática se ve afectada porque los padres contratantes y con voluntad procreacional se encuentran limitados para reconocer al menor generando que: a) El menor no lleve los apellidos de sus padres desde el nacimiento, y b) En la partida de nacimiento del menor y documento de identidad no figuren los nombres de sus padres. Y, la identidad dinámica se ve vulnerada en el sentido que el menor, al no tener definidos sus datos de identificación, no desarrolla de una forma adecuada el desarrollo pleno de su identidad y personalidad.

SOLANO APAZA, Jimmy (2021): *“Necesidad de incorporar la Filiación Biológica del recién nacido por Maternidad Subrogada en el Código Civil”*. Universidad César Vallejo (Perú), tesis para optar el Título de Abogado; concluyendo que se ha determinado que resulta necesario se regule jurídicamente en el Código Civil, la filiación biológica del recién nacido por maternidad subrogada en atención al principio del interés superior del niño, en relación la mujer comitente. Se ha determinado que el patrimonio genético resulta ser el factor fundamental para que el nacido por maternidad subrogada sea entregado a la comitente por la gestante, en atención al interés superior del niño, dando cumplimiento al acuerdo contractual. Se ha determinado que en la aplicación de la maternidad subrogada se debe tener en consideración que el principio del interés superior del niño influye para establecer la filiación biológica del recién nacido, como un derecho a la dignidad e identidad que le corresponde por ser sujeto de derecho.

MOLINA FEBRES, Nattaly (2019): *“La filiación en la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida y su necesaria regulación en el Perú”*. Universidad Particular de Chiclayo (Perú), tesis para optar el Título de Abogada; concluyendo que la filiación en la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida en el Perú, aún no se encuentra regulada siendo necesaria la misma para así determinar la maternidad de la madre subrogada frente a la madre subrogante. De la filiación en el Perú podemos concluir que esta se encuentra clasificada de dos maneras, la filiación matrimonial y filiación extramatrimonial, siendo que la maternidad subrogada o también mal llamada vientre de alquiler no se encuentra que en ninguna de estas clases de determinación de filiación. El Perú cada vez es más constante la maternidad subrogada, siendo que en nuestro ordenamiento jurídico resulta viable la determinación de la filiación producto de la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida, para así con esto determinar el reconocimiento de madre a la madre subrogada.

SALINAS CUADROS, Rosangela (2019): *“Análisis de los criterios para determinar la filiación jurídica en casos de maternidad subrogada, en resguardo de la identidad e interés superior del niño”*. Universidad Católica San Pablo (Perú), tesis para optar el Título de Abogada; concluye que la filiación, entendida como la relación que vincula a una persona con sus ascendientes y descendientes, y en forma restringida como vínculo entre padres e hijos, en los casos de niños y niñas nacidos por maternidad subrogada, casos ya existentes o que se han visto a nivel de Juzgados y Salas, es de tener como padres, a la pareja donde al menos uno de ellos tiene nexos biológicos con el niño o con la niña, probándose este nexo con la prueba de ADN. En los juzgados, Salas Superiores o Sala Supremas los criterios que se deben establecer para determinar quién es la madre del niño en los casos de maternidad subrogada deben ser: 1) la verdad biológica (nexo biológico); 2) el Interés Superior del Niño y; 4 3) el deseo de ser madre (picoafectividad), por lo que, si cumple con estos criterios, en los casos de maternidad subrogada, se deberá de inscribir como madre del recién nacido a la madre que buscó concebir, que podrá ser llamada madre biológica si es quien otorgó sus gametos, o madre social o psicoafectiva si no comprometió su material genético.

ARAUCO INGUNZA, Jessica (2021): *“Implementación del Embarazo Subrogado en el Perú”*. Universidad de Huánuco (Perú), tesis para optar el Título Profesional de Abogada; concluye que la OMS dijo que la infertilidad debe considerarse como una enfermedad y dar accesibilidad a los nuevos procedimientos, técnicas científicas de fecundación y dentro de la terminología en técnicas de reproducción asistidas dadas por la OMS se encuentra incluido al término de “gestante subrogada” por lo que no se ve ningún motivo por el cual no se debería de implementar en nuestro país, la ley N° 26842 Ley General de Salud considera en el primer párrafo del artículo 7 que “toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma personas”, lo que es un problema para las personas no solo que recurren al embarazo subrogado que al

incluir a una tercera personas la carga genética y la gestantes no recaerá en la misma persona, al menos que la gestante aporte sus óvulos lo cual no es recomendable ni lo consideraría una alternativa, con la finalidad de evitar vínculos efectivos y de afiliación. También resulta un problema para los que recurren a la ovodonación ya que a pesar de poder llevar un embarazo necesita los óvulos de una donante porque el de ella tiene alguna deficiencia, o los espermatozoides de su pareja puede tener alguna deficiencia por lo que no habrá carga genética.

ACO MURGUIA, Carmen (2020): *“Regulación de la Maternidad Subrogada y Protección al Proyecto de Vida en Mujeres Infértiles”*. Universidad Tecnológica del Perú (Perú), tesis para optar el Título Profesional de Abogada; en la conclusión se precisó que la naturaleza jurídica del proyecto de vida se basa en un derecho fundamental que se materializa como un modelo de vida el cual comprende la libertad del individuo a ser lo que quiere ser y lo que pretende proyectar. Por lo que la adscribe como suya y significa su todo, para el individuo. El no llegar a cumplir lo establecido constituye un vacío en su existencia y en todas sus proyecciones. Se identificó que los derechos incluidos dentro del proyecto de vida de las mujeres infértiles son el bienestar, el desarrollo integral y equilibrado dentro de los cuales se encuentra el derecho a ser madre, formando de esta manera el proyecto de vida de toda mujer, no estando exenta la mujer infértil ya que de privársele tal derecho, no lograrían alcanzar derechos fundamentales tan primordiales como la autonomía personal por lo cual cada ciudadano ejerce sus decisiones y lograr ser madres mediante técnicas de reproducción asistida por lo que el estado debería verla porque estas se den estas en pro de lo que indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la propia Constitución Política del Perú.

CARRIÓN CAVERO, Rosa (2019): *“Aspectos Contractuales de la Maternidad Subrogada y su Aplicación en el Perú”*. Universidad Particular de Chiclayo (Perú), tesis para optar el Título Profesional de Abogada; concluye que la maternidad subrogada también mal llamada vientre de alquiler o útero de

alquiler, se da cuando la madre gestante no necesariamente es la madre genética por lo que este tipo de tratamientos de gestación subrogada actualmente no es legal en Perú, siendo que esta práctica se da clandestinamente al margen de nuestra normativa contemporánea, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que ejerce tutela sobre los derechos reproductivos denominándolos derecho a la autonomía reproductiva. Lo que implica su protección dentro del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, es decir los Estados Parte de la Organizaciones de Estados Americanos deben disponer mecanismo de tutela interna que permitan el respecto a este derecho.

CÉSPEDES GUILLERMO, Sheyla (2021): “*Impedimento de la Maternidad Subrogada y la Vulneración al Derecho Humano de Formar una Familia en los Ciudadanos de Perú*”. Universidad Señor de Sipán (Perú), tesis para optar Título Profesional de Abogada; concluye que el impedimento de la autoridad subrogada vulnera el derecho humano de formar una familia en los ciudadanos de Perú, año 2018, debido a que impide que se asegure la herencia genética en el tiempo y se genere el ambiente familiar en el cual se quiere vivir. Los resultados, a través de la prueba de Chi-cuadrado de Pearson, mostraron un p-valor=0.00 (inferior a 0.05) que establece que una variable vulnera a la otra.

DEL AGUILA PERALES, Rosa (2018): “*La Regulación de la Maternidad Subrogada en la Legislación Civil Peruana*”. Universidad Autónoma del Perú (Perú), tesis para obtener el Título de Abogada; en la conclusión se determinó de qué manera la maternidad subrogada regularía junto con ella el mejor derecho del principio del interés superior del niño ya que, nuestra legislación no prevé esta situación y ya se han presentado casos mediante los cuales se protege en toda medida al menor o a los menores que se han visto involucrados en estas situaciones, así mismo, se estableció que los derechos como el derecho de la salud reproductiva se estaría ampliado en nuestra legislación y así dar más medidas de protección al mismo, el cual se encuentra regulado vagamente en la ley general de salud, y deja posibilidades a aplicar métodos de reproducción que no se encuentran reguladas ni previstas.

DELGADO MARTÍNEZ, Ana (2019): “Análisis de la Maternidad Subrogada Desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional”. Universidad de Piura (Perú), tesis para optar el Título de Abogada; tras el análisis civil realizado al acuerdo de maternidad subrogada, se concluye que, pese a que se ha pretendido conferir revestimiento de contrato, este no lo es; puesto que, para serlo, primero debe cumplir con los requisitos legalmente establecidos por el Código Civil, en su artículo 140 y, a *contrario sensu*, artículo V del título preliminar, para ser un acto jurídico válido. Si bien las partes pueden manifestar de manera libre y consciente, su voluntad de querer obligarse entre sí, el objeto y causa de tal acuerdo no están ajustados a Derecho. Asimismo, su celebración y ejecución contravienen normas y principios que le interesan el orden público y a las buenas costumbres. Esto quiere decir que los acuerdos de maternidad subrogada son nulos de pleno derecho.

HIDALGO LEANDRO, Sally (2018): “La Maternidad Subrogada y Afectación a la Teoría General de la Contratación Contendida en el Código Civil Peruano”. Universidad Nacional “Santiago Antúnez de Mayolo” (Perú), tesis para optar el Título Profesional de Abogada; concluye que se ha determinado que en el mundo el Contrato de maternidad subrogada o vientre de alquiler, puede ser oneroso o gratuito, teniendo problemas su regulación o aceptación jurídica; sin embargo, se viene realizando en forma mayoritaria, pero el Estado ha descuidado la protección a los que se someten a dicha actividad, así como los que realizan las técnicas de reproducción asistida se determinó que, en el Perú, existe una resistencia a aceptar la ocurrencia reiterativa del Contrato de maternidad subrogada desde el punto de vista de la doctrina, sin embargo, jurisprudencialmente se ha aceptado bajo el interés superior del niño y el derecho de identidad.

LIMA VILLENA, Paulino (2019): “Análisis de Posibles Afectaciones al Interés Superior del Menor en Supuestos de Maternidad Subrogada en el Perú 2019”. Universidad Andina del Cusco (Perú), tesis para optar al Título de Abogado; concluye que hay posibles afectaciones al interés superior del menor

en supuestos de maternidad subrogada y están relacionados con el derecho a la identidad, dignidad y desarrollo integral, original en la falta de regulación precisa sobre el tema en el sistema jurídico peruano, la génesis y naturaleza jurídica del derecho a la procreación está relacionada directamente con los humanos, pues toda persona tiene derecho a acceder a la ciencia y a la tecnología médica en virtud de la autonomía reproductiva, derecho a la vida privada y a formar una familia. Estos derechos están ligados a los derechos civiles y políticos, derecho a la vida, a la libertad, a la privacidad, respecto a la vida familiar y a la no discriminación.

MEJÍA VÍLCHEZ, Liss (2019): “La positivización de la Gestación Subrogada en el Perú”. Universidad Nacional de Cajamarca (Perú), tesis para obtener el Título de Abogada; se concluyó que la base teórica para positivizar la figura jurídica de gestación subrogada, es la teoría de la contribución genética que fundamenta a la maternidad subrogada, mediante la cual se considera padre a quienes aportaron con el material genético para la fecundación del bebé. Y la base doctrinaria para la regulación de esta figura son los derechos reproductivos tal como ha quedado establecido de acuerdo a los tratados internacionales de derechos humanos engloban un abanico de derechos entre ellos el derecho a fundar una familia, el derecho a la vida privada, el derecho a la salud reproductiva, y el derecho al libre desarrollo de la personalidad.

ROJAS GUILLÉN, Ronaldo (2020): “Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para Garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú”. Universidad César Vallejo (Perú), tesis para obtener el Título Profesional de Abogado; en la conclusión se determinó la necesidad de incorporar legalmente la figura de la maternidad subrogada para garantizar la consolidación de la institución familiar, ya que esta técnica de reproducción humana asistida puede ser concebida como una alternativa de solución a los problemas de infertilidad o de otros problemas fisiológicos que enfrentan las mujeres al momento de querer procrear de manera tradicional, problemas que en más de una oportunidad acarrearán a que se le ocasione un daño psicológico por parte de la sociedad

mediante comentarios fuera de lugar y/o en el peor de los casos puede ser considerado como una de las causas de separación en las parejas ya que el hombre al no poder procrear con su esposa toma como camino más fácil el separarse de ella; es por eso que mediante la regulación de esta técnica de procreación se busca consolidar a la familia como tal dentro de la sociedad para que se pueda cumplir con uno de los deberes primordiales del Estado peruano, el mismo que es la promoción y protección de la familia como institución social.

TEVES ZENTENO, Yanethe (2021): “Fundamentos para Regular la Maternidad Subrogada en la Legislación Peruana a Partir de los Aportes de la Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado”. Universidad Nacional del Altiplano de Puno (Perú), tesis para optar el Título Profesional de Abogada; se concluye que en la legislación comparada se puede distinguir tres posturas respecto a la maternidad subrogada, hay países que prohíben, establecen restricciones y otros que no establecen ninguna restricción: (i) La primera postura tiene que ver con prohibir la práctica de la maternidad subrogada, entre los países que enarbolan esta postura son: Alemania, España, Suiza, Italia, Francia, Chile. (ii) La segunda postura postula la implementación de esta figura jurídica con fines altruistas, poniendo límites, requisitos y condiciones; entre los países enarbolan esta postura son: Brasil, México e India; (iii) Una tercera postura propone una implementación amplia de esta figura, una práctica libre sin condiciones ni muchos requisitos, entre los países que enarbolan esta postura son: Ucrania y Rusia.

VILLAREAL CORDOVA, Zuar (2017): “La determinación de la filiación biológica, en la maternidad subrogada, en su variante heteróloga”. Universidad Nacional de Piura (Perú), tesis para optar el título de Abogado; concluyendo que en virtud de la teoría de la voluntad procreacional, todo nacido mediante la aplicación de la maternidad subrogada heterólogo, tendría como padre y madre, a aquellos que desde un principio fueron autorresponsables por la procreación. Por lo expuesto se puede concluir que el vínculo entre padres e hijos se construye, es por ello que la filiación, no solo tiene relación con lo

biológico, sino que se constituye con la actitud de ser padre o madre y querer afrontar ese compromiso, proporcionándole una familia al niño o niña procreados, con la cual puede crecer y desarrollarse y recibir los cuidados necesarios, independientemente si son o no sus padres biológicos. Los hijos nacidos por maternidad subrogada heteróloga, tienen iguales derechos y deberes que los hijos nacidos por medios naturales de acuerdo con el artículo 6 de nuestra Constitución Política; sin embargo, el derecho a la identidad y el derecho al desarrollo de nuestra personalidad, está siendo vulnerado con la práctica de la Maternidad Subrogada.

VISCONDE COLICHON, Ana (2019): “Adopción por Excepción como Mecanismo Defraudador de la Ley en Casos de Maternidad Subrogada: Implicancias y recomendación”. Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo (Perú), tesis para optar el Título de Abogada; concluyó que el ejercicio de la libertad reproductiva permite decidir, cuántos hijos tener y cuando procrearlos, mas no plantea que en los supuestos de falta de capacidad reproductiva, se deba acudir a prácticas que lesionen el derecho de terceros. Sin embargo, bajo estas circunstancias, la sociedad busca ejercer de manera ilimitada este derecho con la finalidad de satisfacer el deseo de convertirse en padres, por lo cual exige al Estado este reconocimiento indebido por cuanto atenta contra la moral, las buenas costumbres y el derecho mismo, porque al exceder su derecho, lesiona la dignidad del concebido.

2.2. Bases teóricas o científicas

2.2.1. Maternidad subrogada

Concepto

Según Amado (2021) la maternidad subrogada tiene otras denominaciones (*vientre de alquiler, la gestación subrogada o alquiler de útero*); este tratamiento no llega a ser legal en el Perú, por lo tanto, su regulación no es explícita. Lo mismo sucede con la legislación en cuanto a la reproducción

asistida, tanto nacional como internacional. A pesar de todo ello, muchas parejas peruanas recurren al embarazo por subrogación para conformar su familia.

En el mismo sentido, Coleman (1982) como se citó en Vilar (2017) menciona que la maternidad subrogada se refiere al uso de la técnica “inseminación artificial” para el nacimiento de un nuevo ser con un solo nexo biológico (unilateral) en relación a la pareja infértil. En este proceso la mujer que gesta sí es fértil y que por intermedio de un contrato es inseminada de forma artificial con los genes de un hombre que está matrimoniado con otra, con el fin de procrear al hijo que será de la pareja. Después del nacimiento, la madre gestante renuncia al bebé y se lo entrega a la pareja que lo encargó; con esta acción culmina también todo vínculo filiatorio con la mujer que lo gestó y la que asume el rol de madre es la mujer del hombre que otorgó sus espermatozoides.

También es considerado como el contrato donde un ser o una pareja –matrimoniada o con unión de hecho; heterosexual u homosexual– encomienda a una mujer a que geste –ella, dando o no su óvulo– con el uso de las TERAS un niño, y para ello se le da una suma económica o lo efectúa de forma onerosa (Morán, 2005 como se citó en Hidalgo, 2018).

Desde su punto de vista, Pérez (2002) referenciado por Vilar (2017) enuncia que es un contrato de carácter oneroso o gratuito donde una mujer solo gesta o también puede aportar sus genes con el compromiso de entregar el niño a los que fungen de comitentes –una persona sola, pareja con vínculo matrimonial o no–, en el caso de esta pareja pueden aportar sus gametos o también se pueden emplear genes –óvulo y/o espermatozoides– de terceros donantes.

Sujetos o personas intervinientes

En cuanto a los sujetos que intervienen en el proceso de la maternidad subrogada se puede señalar según Muñoz-Gómez (2021) a:

- **Madre subrogante:** o mujer subrogante, a aquella que lleva el proceso de gestación y tiene el compromiso de otorgar el niño recién nacido a la pareja comitente –padres intencionales contratantes– a cambio de un monto económico o no –oneroso o altruista–.

- **Padres intencionales contratantes:** o padres comitentes, son los que anhelan tener un hijo y esta se ampara en la voluntad procreacional, por ello acuden a la maternidad subrogada –MS–. Los motivos por lo que no pueden tener hijos de forma convencional son distintas: infertilidad de la pareja, la dificultad del proceso de adopción, presencia de anomalías genéticas de la mujer y el riesgo que pueden ser transmitido al hijo, convicción de la dama (esposa) de no gestar ella -con o sin motivo médico justificado- Tiller (1987).
- **Padres biológicos:** son el varón y la mujer que aportan su semen y óvulo, respectivamente, pudiendo ellos ser los padres intencionales o no. Lo que sí se tiene preciso es que el material genético en la fecundación les pertenece a ellos.
- **Hijo nacido:** ser que nace vivo a través de la maternidad subrogada.
- **Stakerholders prestadores del servicio y su personal médico:** se refiere a las personas de carácter público y/o privado que se implican material y directamente en las técnicas de reproducción humana asistida –TRHA–, poniendo a disposición la infraestructura y el capital humano necesario para poder facilitar, intermediar, ejecutar y/o promover; en cuanto al capital humano se señala a priori al personal médico.

Clasificación de la maternidad subrogada

- **Por la contraprestación**

En cuanto a esta clasificación Vásquez y Barbosa (2021) señalan:

Subrogación altruista, o filantrópica, donde refiere que el niño gestado es producto de la aceptación de una mujer, quien se compromete llevarlo en su vientre de forma gratuita; esta figura se da comúnmente en las relaciones amicales, parentescos y actos filantrópicos entre la mujer subrogante y la pareja comitente, citado de (Allca, 2018).

Subrogación comercial u oneroso, se presenta cuando el embarazo es llevado por una mujer que no es parte de la pareja a cambio de una

contraprestación –económica–, a los que se añade otros gastos provenientes del mismo estado gestacional (Vásquez y Barbosa, 2021).

- **Por la procedencia de gametos que intervienen**

Los mismos, Vásquez y Barbosa (2021) refieren que existe la:

Subrogación total o completa, donde la mujer subrogante es embarazada mediante las TRHA aportando sus genes, luego del alumbramiento entrega al padre biológico el bebé, renuncia a todo vínculo de filiación y acepta que la pareja del padre biológico sea la madre del menor.

Subrogación tradicional o parcial, donde la mujer es embarazada mediante las TRHA con los gametos de la persona comitente o con el de un donante y ella aporta su óvulo, haciendo la vez de madre subrogada como biológica; citado de (Causante, 2015).

Subrogación parcial gestacional, la mujer es embarazada mediante las TRHA con los gametos de los padres comitentes, en este caso ella solo aporta su vientre y no guarda relación genética alguna con el bebé.

Subrogación gestacional o plena, la mujer es embarazada mediante las TRHA con gametos donados por terceros (tanto el espermatozoide como el óvulo). En esta figura ni los padres comitentes ni la mujer subrogante tienen vínculo biológico con el nuevo ser.

Teorías acerca de la maternidad subrogada

- **Teorías a favor**

En cuanto a este bloque de teorías, Aco (2020) señala:

Autonomía de la voluntad, es la facultada que posee todo ser humano en base a las acciones que realiza, así como sus decisiones; por lo que, la prohibición de la MS restringe sus derechos y el ejercicio libre de estos, como la decisión de ser mujer subrogante, puesto que, denotaría la disminución de su autonomía ejercida por la ley.

Disposición del propio cuerpo, se desarrolla con la gestación y el uso del útero de forma gratuita y altruista, todo ello enmarcada en el respeto por la

ley y la moral, por lo que la disposición del cuerpo se tiene que vincular por ellos; a contraposición se ubican el contrato de MS oneroso, ya que se sitúa como un acto inmoral y deshumanizado, entonces es contrario a la ley.

Principio de solidaridad, el pago hace referencia a que se está denigrando a la persona (mujer subrogante), además se está maltratando al nuevo ser; por lo tanto, en la MS no se tiene que pactar de forma onerosa, ya que su fin de existencia es solidarizarse con aquellas mujeres que tienen problemas fisiológicos para la concepción y gestación normal.

- **Teorías en contra**

En cuanto a estas teorías, el mismo Aco (2020) presenta:

Identidad del niño, la maternidad subrogada tiene como eje central al niño, dado que lo cataloga como objeto de contrato y no como un ser humano con pleno goce y defensa de sus derechos, por lo expuesto con la MS se atenta contra la misma dignidad humana.

Incumplimiento de contratos, tanto la mujer gestante –portadora– como la biológica tiene que recaer en la misma –con la función reproductiva y calidad materna–. De esta manera no existe el comercio, perteneciendo al lado de los seres humanos y no a la de los objetos, donde sí se puede diferenciar su fin.

Comercialización ilegal, la mujer tiene la función reproductiva como un hecho *extra commercium*, por lo que no se puede pensar en un acto comercial la reproducción humana; no obstante, aquí se ignora la autonomía de la voluntad y la disposición libre de su propio cuerpo.

Interés superior del niño, se precisa que es obligación primordial del Estado la protección del niño de todo tipo de violencia u acto que va en contra de su dignidad, libertad, igualdad; dentro de este marco se “garantiza la vida del concebido, protegiendo de manipulación genéticas contrarias a su integridad y desarrollo físico mental” (Art. 1 del Código de los Niños y Adolescentes) citado de (Hidalgo, 2018).

Hipótesis problemáticas que surgen con la maternidad subrogada

En cuanto a los casos problemáticos que pueden surgir a razón de la maternidad subrogada podemos mencionar a los siguientes, que fueron planteado por la Comisión Especial de Estudios de la Fecundación in Vitro y la Inseminación artificial en España, conocida como la Comisión Palacios en 1987; Igareda en 2018 y; Souto en 2005, todos citados en Muñoz-Gómez (2021), quien menciona que:

- Cuando la mujer subrogante está casada o forma pareja estable, requiriendo contar con el consentimiento del varón.
- Cuando la mujer subrogante contrae una grave enfermedad por efectos del embarazo, de carácter crónico, que pueda afectarla toda su vida.
- Cuando la mujer subrogante contra una enfermedad que puede producir graves anomalías al feto, por ejemplo, de tipo vírico, y la pareja estéril solicitante pide la interrupción del embarazo.
- Cuando se interviene el caso anterior y es la mujer estéril quien realiza o pretende realizar el aborto.
- Cuando la pareja solicitante se divorcia, o muere uno de los miembros o los dos, durante el embarazo.
- Cuando el hijo nace con malformaciones o anomalías y no es aceptado por la pareja contratante o solicitante.
- Cuando la mujer embarazada no renuncia a la maternidad, desea conservar el hijo y que sea plena y legalmente suyo.
- Cuando existieran conflictos derivados de una comercialización descubierta por la crisis originada.
- Cuando la mujer gestante cede al hijo y ello le produce daños psicológicos de importancia en su vida.
- Cuando hubiere otras personas (los donantes de material genético ya sean óvulos o esperma, por ejemplo) con intenciones de reclamar derechos de maternidad o paternidad, etc.
- Cuando el hijo reivindica su origen genético y obstétrico.
- Cuando la madre subrogante evidencia un estilo de vida riesgoso para el bebé durante el periodo gestacional.
- Cuando la madre subrogante después de haber entregado el hijo a la pareja solicitante o contratante desea contactar al hijo.
- Cuando la madre subrogante desarrolla con posterioridad al parto enfermedades físicas o psíquicas, o secuelas, que exceden la cobertura del contrato de subrogación.
- Cuando no hay acuerdo entre la madre subrogante y los padres contratantes o solicitantes sobre la toma de decisiones de diagnóstico prenatal, de elección de la vía de nacimiento o de otras decisiones del proceso gestacional.

- Cuando alguna de las partes se retracta de la celebración del contrato de la MS.

(pp. 68-69)

Técnicas frecuentes para fecundación

- **Fecundación in vitro (FIV)**

Turnpenny y Ellard (2017) refieren que desde ya casi tres décadas de su ejercicio, muchos niños alrededor del mundo vieron la luz a través de esta técnica. La mayor cantidad de casos se someten a este tratamiento por sufrir de esterilidad relativa –actualmente involucra a 1 pareja de cada 7–. En Occidente, se registra países que entre el 1 y 3% de niños nacidos son gracias a las TRHA, incrementándose cada vez más.

Al respecto McInnes, Nussbaum y Willard (2016) señalan que:

Los dos métodos más frecuentes son la biopsia de un único blastómero y la biopsia del blastocisto. En la biopsia de un blastómero, se extrae una única célula del embrión a los 3 días de la FIV, cuando existen 8-16 células. En la biopsia del blastocisto, los óvulos fecundados se cultivan durante 5-6 días hasta que se ha desarrollado un blastocisto y se extraen alrededor de 5 células del trofoectodermo (pero no de la masa celular interna, que dará lugar al propio embrión). A continuación, los embriones que no son portadores de la anomalía genética en cuestión pueden transferirse y se puede permitir su implantación, como suele realizarse tras la FIV para la reproducción asistida. (p. 352).

- **Inseminación artificial**

Hidalgo (2018) refiere que esta TRHA se basa en el semen en la mujer que gestará, esta inserción de genes se hace de forma no natural con unos instrumentos especializado; con esta TRA se hace el reemplazo de la copulación natural y se busca conseguir de esta forma el embarazo.

En cuanto a las formas de la inseminación artificial (IA) Amado (2021) menciona que existen la homóloga y heteróloga, donde la primera refiere a que se efectúa en el cuerpo de la mujer con los gametos de su pareja (marido); mientras que la segunda, los gametos no pertenecen a la de su esposo, sino a la de un tercero donante. en la heteróloga se produce con el

consentimiento o no del marido, en el caso de que se dé el consentimiento no habrá impugnación de paternidad; en el caso de que no se dio el consentimiento se puede impugnar la paternidad en obediencia al inciso 5 del artículo 363 del CC –negación de paternidad matrimonial con prueba de ADN–.

En la misma línea, Amado (2021) señala la IA *post mortem*, donde se hace empleo de los gametos de personas fallecidas (espermatozoides y/u óvulos), es necesario mencionar que lo que más se evidencia es en los varones que dejan sus gametos en los bancos de semen.

Por su parte, McInnes, Nussbaum y Willard (2016) señalan que esta técnica llega a ser adecuada si:

el padre es portador de un gen correspondiente a un trastorno autosómico dominante o ligado al cromosoma X, o bien sufre un trastorno cromosómico hereditario; sin embargo, claramente no está indicada si es la madre la que presenta este problema. La inseminación artificial también es útil en los casos en los que los dos progenitores son portadores de un trastorno autosómico recesivo. La fertilización *in vitro* con un óvulo de donante puede ser apropiada si la madre sufre un defecto autosómico dominante o es portadora de una enfermedad ligada al cromosoma X. en cualquier caso, en los donantes de espermatozoides o de óvulos, el asesoramiento genético y la realización de las pruebas genéticas apropiadas deben formar parte del proceso asistencial (p. 336).

- **La transferencia intratubárica de gametos (GIFT)**

Se realiza cuando de manera paralela se implanta ambos genes en la trompa de Falopio de la mujer que gestará, la característica primordial es que la concepción se dará de forma natural. Por su parte, la inyección intracitoplasmática de espermatozoides, se refiere a aquella que se da fuera del cuerpo de la mujer y a la formación del embrión recién se ubica en el vientre de la mujer. La muestra de los genes se logra de la misma forma de la fecundación *in vitro*. La introducción intratubaria en las trompas de Falopio de los genes –óvulo y espermatozoides– se da mediante intervención laparoscópica con el cuerpo de la mujer anestesiado en su totalidad. Los índices de embarazos exitosos se asemejan a las de FIV (Amado, 2021).

- ICSI (Inyección intracitoplasmática):

En cuanto a la ICSI Amado (2021) señala que:

Consiste en la inyección de un espermatozoide dentro de un ovocito realizado en un laboratorio especializado. Los ovocitos se obtienen de la misma manera que en las técnicas previas. Se utiliza en los casos de esterilidad masculina severa. La muestra de semen es preparada y se utilizan los espermatozoides más aptos. La fertilización se obtiene en una incubadora y luego se introducen los embriones dentro de la cavidad uterina al tercer día. Actualmente se pueden transferir los embriones al quinto o sexto día de la fertilización (denominados blastocitos) con menor tasa de embarazo múltiple y resultados alentadores (p. 267).

Con esta técnica se puede alcanzar resultados cada vez son más fiables en cuanto a problemas durante la gestación, dado que se espera la formación del embrión y cuando ya está fortalecido se implanta dentro del cuerpo femenino.

Regulación comparada

Muñoz-Gómez (2021) hace mención que en cuanto a la maternidad subrogada las legislaciones se pueden plantear en 3 vertientes:

- **Regulación restrictiva**, donde todo tipo de contrato, convenio o acuerdo en lo que se refiere a la maternidad subrogada se prohíbe en sus legislaciones, por lo que es considerado nulo de pleno derecho e incluso con sanción penal.
- **Regulación permisiva absoluta**, acepta y regula de forma viable a la maternidad subrogada, además no se opone en ningún extremo a su práctica y ejercicio.
- **Regulación permisiva relativa**, permite a la maternidad subrogada en su legislatura con ciertas restricciones, tales como: solo se acepta en las parejas heterosexuales, solo connacionales y de forma gratuita.

Turnpenny y Ellard (2017) exponen que en Norte América no presenta ley federal con respecto a la regulación de la reproducción asistida sobre lo que se

expone en lo requerido para la Fecundación in vitro y la inyección intracitoplasmática. Mientras que en Reino Unido se presenta una recta regulación por intermedio de la Human Fertilisation & Embryology Authority (HFEA) en torno a la Ley de Fecundación Human y Embriología que data de 1990 y que fuera actualizada en 2008; esta institución mantiene informada a la Secretary of State for Health, quien inspecciona y licencia a los centros que realizan estas prácticas de reproducción; las licencias que expide se encuentran para el *tratamiento, conservación de gametos y embriones y la investigación sobre las FIV*; se debe tener un registro actualizado del proceso de los nacidos por FIV y del destino de la donación de genes.

Barreras de la subrogación:

En la maternidad subrogada se encuentran las barreras externas e internas, donde Muñoz-Gómez (2021) señala que las barreras externas son aquellas que existen de por sí y no asocian al contexto –raza, sexo, cultura–, entre ellas se puede indicar que la mujer subrogante está en condición inferior a la pareja comitente, ya sea por el idioma, la factibilidad de comunicación y la intención negociadora; mientras que las barreras internas son las que aparecen por la presencia de los *stakeholders*, quienes presentan la mínima intención de generar vínculo, apego o desarrollo de emociones que con el tiempo se puede manifestar en dificultades. La misma Muñoz-Gómez (2021) postula que a pesar de ser un proceso en el que varios colaboran existen barreras comunicaciones, tales como:

- **Entre la madre subrogante y el niño**, ocurre a la separación inmediata de ambos sin siquiera lograr el encuentro de piel entre la madre que alumbró y el niño, a esto se suma que a toda forma se evita la primera lactancia.
- **Entre la madre subrogante y los padres comitentes**, se evita cualquier tipo de comunicación entre ellos de forma directa, ni en el proceso de gestación, parto y post parto; dado que la comunicación se efectúa por intermedio de los colaboradores (funcionarios) de la institución donde se está desarrollando la MS.

- **Entre el personal médico que atiende el parto y los padres intencionales**, quien se comunica directamente con los padres son los colaboradores (funcionarios) de la institución, aquí se evita en lo general la interacción del médico que trata con los padres.
- **Entre el personal asistencial que atiende a los niños con la madre subrogante**, después del nacimiento se pierde cualquier contacto tanto con el niño como con las personas que la asistieron en el proceso.
- **Entre el personal asistencial que atiende a los niños con los padres comitentes**, se trata de evitar que haya interacción entre el personal que asistió al recién nacido con los padres comitentes, con el fin de evitar cualquier comunicación y/o filtración de datos tanto de la mujer subrogante como de los padres comitentes.

2.2.2. Filiación

Concepto

Es el vínculo que se establece entre progenitores y sus descendientes, es decir padre a hijos, y en base a esa relación se presenta los derechos y obligaciones entre el hijo, padre y madre (Pérez, 2010).

Krasnov (2005) Como se cita en Amado (2021) propone que es el vínculo jurídico entre progenitores e hijos, donde quien predomina es la relación biológica –filiación por naturaleza–, sin embargo, también se puede emplear a la ley para este vínculo –filiación por adopción–; a lo expuesto se plantean dos alteraciones: los cambios sociales e impacto biotecnológico. De ello, se señala que la adopción y la igualdad de los hijos matrimoniales y extramatrimoniales tienen su variante social; la aparición y práctica del ADN y de los TRHA son parte de la variante biotecnológica en la legislación.

Rodríguez (2016) el vínculo filiatorio aparece con el nacimiento y se ancla en dimensiones (jurídicas, culturales y éticas), ahora bien, si se aborda el principio de la verdad material, biológica u otro factor extra biológico, el

sustento es básico, pues mediante la filiación se resguarda el interés superior del niño y la tutela de los derechos a favor del hijo.

En la legislación nacional, la filiación no aparece como un derecho fundamental con autonomía y protección directa del Estado, pues la figura que adopta es que la filiación se da como parte del Derecho a la Identidad, lo mismo ocurre con el nombre, la nacionalidad... Ahora bien, el vínculo que se genera no solo sucede entre los hijos y los padres, sino con los parientes de estos, es decir con sus hermanos, padres, sobrinos, con la nomenclatura de tíos abuelos, primos (Amado, 2021).

Aguilar (2017) señala que el vínculo filiatorio tiene injerencia tanto como derecho y deber, pues de él se desprenden los alimentos, herencia, patria potestad, tutela y curatela. Asimismo, aparecen figuras penales contra sus descendientes o ascendientes, tales como el infanticidio y parricidio (Amado, 2021).

Principios de filiación

En cuanto a los principios de la filiación se puede estudiar a cuatro de ellos, donde Santos (2020) identifica a:

- **Igualdad ante la ley**

El reconocer a las personas de forma individual y única, aunado a él los derechos y obligaciones que este tiene en relación a la sociedad, pero de forma unitaria, lo hace único ante el conjunto de su comunidad. Por ello, la igualdad supone la atención que este merece y tiene que recibir de su colectividad sin ser discriminado entre el resto dotándole de identidad única, de recibir y dar un trato igual, libre de perjuicio respecto a las características que puede tener.

- **No discriminación**

El trato que se practica entre personas hace mención a que no se tiene de disminuir a uno por el conjunto, esto es a pesar de las diferencias que

puedan haber, tales como el color de tez, la posición socioeconómica, inclinación sexual, cultural y religiosa. Por lo que, la filiación, se establece cual sea el origen del ser, con el único fin de no ser excluido de su comunidad y familia.

- **Interés superior del niño**

Es el conjunto de mecanismos que tiene como fin la protección y garantiza el legítimo desarrollo del niño, esta se dará en el marco de una vida digna, el bienestar familiar y su desenvolvimiento integral en la misma familia y la comunidad.

- **Libre de investigación de paternidad**

Se ampara en la primacía de la verdad en cuanto a que el menor tiene que saber en torno a su vínculo paternal; aquí confluyen la verdad jurídica con la verdad biológica, de tal manera que se evita dudas con respecto a la relación padre-hijo y madre-hijo.

Características de filiación

Las características que presenta la filiación son siete, a los que Molina (2019), desarrolla:

- **Única**

En la cita que hace a Sullón (2015) menciona que la sola existencia de un solo padre y una sola madre, es decir, no se permite el vínculo de un niño con dos padres o madres o más, esto ocurre cual sea el vínculo filiatorio que se presente. En el caso de adopción, se sigue esa misma figura (artículo 385 del CC) hasta que se extinga.

- **Construcción cultural-afectiva**

En la cita que hace a Lobo (2008) refiere que el vínculo filiatorio aparece con la construcción cultural, social que resulta de la convivencia con los familiares y la afectividad que entre estos se demuestran. Esta

característica aparece como un fenómeno socio-afectivo, donde a su vez se incluye al origen biológico que tiempo atrás tenía preponderancia.

- **Vínculo jurídico**

En la cita que hace a Krasnow (2005) se alude que en el ámbito jurídico se establece un vínculo entre los padres y los hijos, las consideraciones que la ley hace es producto del alcance de la norma que los compromete a ambos.

- **Unitaria**

En la cita que hace a Sullón (2015) se toca dos términos: equiparidad e igualdad de los derechos y obligaciones de los padres a los hijos y viceversa. Además, la filiación es independiente al estado civil de los padres o a la relación jurídica de estos, ya que es independiente el vínculo que tienen los padres que el que se tiene con el hijo.

- **Orden público**

En la cita que hace a Galindo (1994) las relaciones de filiación son de carácter público, por lo que no se puede modificar arbitrariamente. La filiación tiene elementos culturales, económicos, sociales, los mismos que tienen que cumplir el interés público y el carácter coercitivo de este, dejando de lado algún acuerdo interno entre partes.

- **Inextinguible e imprescriptible**

En la cita que hace a Sullón (2015) se menciona el *primus*: carácter declarativo que está sobre la relación jurídica; *sedundus*: la acción filiatoria no tiene extinción y; *tertius*: derecho fundamental reconocido por la carta magna.

- **Estado civil**

En la cita que hace a Sullón (2015) se refiere que la *condictio sine qua non* es la condición que tiene una persona en relación filiatoria a otra, de tal manera que se genere el estatus de familia.

Tipos de filiación

- **Filiación legítima**

Pérez (2010) refiere que es el vínculo que existe entre padres e hijos cuya concepción de los segundos ocurre dentro del matrimonio y son reconocidos como tal, aun se disuelva el vínculo matrimonial.

- **Filiación natural**

Pérez (2010) es el vínculo de padres e hijos nacidos fuera del matrimonio, aquí el vínculo es directo para con la madre, en el caso del padre ocurre cuando este voluntariamente o por mandato judicial acepte ser padre del menor.

En el mismo sentido Varsi (2010) como se citó en Santos (2020) refiere que entre los padres no hay una relación marital que pueda otorgar seguridad y certeza en relación al padre, por lo que es el ámbito legal quien se encarga de establecer la relación filiatoria, otro medio es el reconocimiento voluntario del progenitor.

- **Filiación por adopción**

Para Santos (2020) la adopción de un niño involucra proteger al menor adoptado con supervisión del Estado, el vínculo de filiación en la figura de la adopción establece que los derechos y obligaciones son los mismos que se tiene para con los otros hijos. Quien lo regula es el Código de los Niños y Adolescentes.

- **Filiación social**

Amado (2021) aborda sobre esta nueva concepción de filiación, aquí se trabaja en base a lo que estipula el interés superior del niño y que se sitúa en el contexto contemporáneo, además el padre no lo es de forma biológica y fue demostrado con la prueba de ADN, sin embargo, cumple todas sus obligaciones para con el niño y no solo por obligación sino por voluntad. Esta figura recae frecuentemente en los que asistieron a las TRHA o maternidad subrogada.

Voluntad procreacional

En cuanto a lo que estima la Biología, para que se pueda procrear un ser humano es necesario la concurrencia de los genes masculinos y femeninos, y que tradicionalmente se desarrolla mediante el acto sexual, por lo que esta realidad se interpuso por gran parte del tiempo. Ahora bien, es necesario esclarecer que la filiación es más un fenómeno cultural, el mismo que puede o no ceñirse a la acción biológica tradicional o no, y es aquí donde se realiza el carácter de la voluntad procreacional. Entonces, esta voluntad es la libertad que posee todo ser humano de planificar su familia, con la atinencia que tiene la libertad de procrear o negarse a ella, por ende, las próximas generaciones ya no solo son fruto del encuentro sexual sino de la elección libre y consciente; de esta forma, se entienden dos conceptos: uno, sexualidad y dos, reproducción. Las TRHA permitieron que la reproducción humana también sea posible sin recurrir al acto sexual, esto genera que la filiación tiene un carácter de voluntad, por ello es necesario estudiar la regulación de este mecanismo de reproducción asistida (Arenas y Valladares, 2019).

En cuanto a la filiación, si una pareja conyugal se somete a las TRHA se presentará la filiación matrimonial, sin embargo, es necesario la aceptación expresa de ambos padres de someterse a esta técnica. Ahora, si la pareja no está matrimoniada, se denomina fecundación artificial o FIV con gametos ajenos, aquí la filiación se determina por la aceptación expresa y el

consentimiento personal por anticipado tanto del padre como de la madre (Arenas y Valladares, 2019).

El principio biológico

Varsi (2017) como se citó en Amado (2021) refiere que se sustenta en la verdad biológica, que es la transmisión de genes entre los progenitores y el niño. La filiación recae sobre el aspecto biológico y/o genético relegando a la vertiente que promueve la filiación social. Su base está en el vínculo biológico y es comprobado por la prueba de ADN, en nuestra legislación esta es la que predomina.

El principio de la consolidación del proyecto familiar

Este principio es novedoso para la legislación y la doctrina, puesto que uno de los fines del matrimonio es la perpetuación de la especie y de allí se extrae que uno llega al matrimonio para poder consolidar un proyecto de vida en común y este se consolida por lo general con la procreación de los hijos para que así el proyecto de familia que se planteó llegue a consolidarse. Sin embargo, existen parejas que tienen dificultades para concebir y alcanzar este principio, es allí donde se hacen presentes las TRHA y en muchas ocasiones la maternidad subrogada como mecanismo de alcanzar uno de los objetivos para la pareja.

Filiación en las TRA

El derecho a la procreación humana se ampara en el deseo de todo hombre a ser padre o madre y el mecanismo que usa puede ser las TRHA, por lo que el medio de elegir a ser padre pasó las barreras de la procreación natural y se proyecta a la asistida. Existe un bloque de doctrinarios que señalan que los derechos humanos también acogen al derecho a la procreación como el logro mismo de la libertad personal del ser humano. Para ello, existen dos tendencias, uno: la determinación biológica –procreación natural– y; dos: la

voluntad y el afecto –procreación mediante la reproducción asistida– que recae en la filiación socio afectiva (Amado, 2021).

Otro derecho que se presenta es el de la felicidad que viene de la dignidad de la persona, la libertad que posee, su autodeterminación, la intimidad, la igualdad, la no discriminación y el pluralismo de la familia moderna; que muchas veces se desarrolla sin distinguir la naturaleza de la pareja –homosexual o heterosexual– (Amado, 2021).

Varsi (2017) la fecundación artificial donde hay presencia de terceros como donantes o entes que ejecutaron el proceso propugna que, el vínculo de filiación se dará a favor del varón y la mujer que de forma consciente y voluntaria recurren a estas técnicas para ser padre y madre.

El mismo Varsi (2017) señala que:

En los supuestos de fecundación asistida con intervención de terceros (heteróloga), la filiación se determina a favor del varón o la mujer que, sin haber aportado sus gametos, consiente que su pareja recurra a aquella técnica para después del nacimiento asumir la paternidad o maternidad del nacido. Con ello, se produce una disociación entre la paternidad y la maternidad biológica o genética y la filiación establecida por ley. Como consecuencia de aquella separación (del dato biológico y el vínculo jurídico), y para adecuar las normas jurídicas a las pretensiones de quienes recurren a esta clase de técnicas, se establecen dos grandes excepciones al principio de veracidad: inimpugnabilidad de la filiación y anonimato del cedente. (p. 114)

A diferencia de la homóloga donde se los padres son los mismos que aportan el material genético, la heteróloga permite que sólo es necesario la voluntad procreacional y de allí salga el vínculo jurídico de filiación entre los padres y el niño. Sin embargo, es necesario que la pareja que va a solicitar tiene que dar su consentimiento expreso, voluntario, personal, por escrito y de forma anticipada para que surjan los efectos filiatorios.

En cuanto a la maternidad Varsi (2017) señala que:

La determinación de la maternidad es compleja, pues se vincula con la maternidad subrogada relacionadas con la cesión de gametos. Entre otras son las siguientes. La ovocesión, vulgarmente conocida como ovodonación, la mujer cesionaria tiene una *deficiencia ovárica*, no genera óvulos, pero sí puede gestar. Por lo cual necesita de una mujer

que solo le ceda óvulos. Es un caso de maternidad parcial. Se produce un caso de generación múltiple (trilateral): a) espermatozoides del marido; b) óvulo de una cedente; c) gestación de la mujer cesionaria de óvulo. De este modo, la madre procreante no es la misma que la gestante. (p.128)

La figura de la maternidad subrogada se presenta de diversas formas, ya que la mujer que lleva el embarazo puede ser la misma que aporta el óvulo, o que sea solo la que lleva el embarazo con el óvulo de la mujer que encarga el embarazo, además se presenta la figura cuando el óvulo es cedida por una tercera persona que no participa en la gestación ni en la encomienda. Lo mismo casi ocurre con los espermatozoides.

2.2.3. Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.

El Anteproyecto es la creación de un documento con miras a revisar y proponer mejoras al Código Civil de 1984 (DL N° 295), y estuvo por constituido por Mario Gastón Humberto Fernández Cruz, como presidente; Juan Alejandro Espinoza Espinoza, como vicepresidente; Luciano Juan Luis Barchi Velaochaga; Carlos Cárdenas Quirós; Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y; Gustavo Enrique Montero Ordinola como grupo de trabajo y; Héctor Campos García, Henry Huanco Piscoche y Carlos Agurto Gonzales como secretarios. El equipo Trabajó más de dos años y en el desarrollo colaboraron un promedio de 67 juristas. (Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984 [GTRMCV], 2019). La nomenclatura que empleó el Grupo fue de Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano, sin embargo, para efectos de esta investigación se consideró como Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano, sin intención de dañar o perjudicar en ningún extremo a lo planteado en el documento y siempre se manejó con lo vertido en la R.M. n° 0300-2016-JUS.

Dentro del Capítulo tercero se trata sobre los hijos alimentistas/filiación por reproducción asistida, básicamente en el artículo 415, como se pasa a detallar.

- **Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida**

1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.
2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

La exposición de motivos refiere:

El presente artículo constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose, de esta manera, que la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida (TERMA) han sobrepasado la normatividad vigente, sino también los principios del Derecho.

Las normas son las técnicas de reproducción médicamente asistida (TERMA). Son procedimientos válidos que permiten el ejercicio del derecho a la reproducción, también conocido como derechos sexuales. Tal regulación se establece en concordancia con lo establecido por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Con el objetivo de preservar la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebidos y nacidos mediante las TERMA, expresamente se prohíbe hacer cualquier referencia en el documento de identidad o en el Registro del Estado Civil acerca de la forma como se realizó la concepción, ni de la clase de TERMA empleada.

Se propone la derogación del actual régimen correspondiente a los “Hijos alimentistas” dado que actualmente se puede determinar la paternidad a través de la prueba de ADN.

(GTRMCV, 2019, p. 107)

- **Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial**

1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.

2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.
3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.

La exposición de motivos refiere:

La propuesta normativa dispone que cuando se emplee una TERMA con material genético de los cónyuges, los hijos se considerarán matrimoniales.

Este criterio se sustenta en el hecho de que el solo acto de cesión de material genético por parte de una pareja matrimonial implica una responsabilidad pro creacional.

(GTRMCV, 2019, p. 108)

- **Artículo 415–B.- Impugnación de paternidad**

Procede la impugnación de paternidad derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el numeral 2 o fuera de los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 415-A.

La exposición de motivos refiere:

En la propuesta normativa se ha considerado que el cónyuge tiene el derecho de accionar negando la paternidad del hijo de su mujer cuando falte su asentimiento. La propuesta se sustenta en que el asentimiento del marido es requisito *sine qua non* cuando se practique una TERMA heteróloga en su mujer a efectos de establecer la filiación.

La voluntad del cónyuge debe estar presente en este tipo de técnica, caso contrario podrá contestar la paternidad.

(GTRMCV, 2019, p. 108)

- **Artículo 415–C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial**
 1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierto o testamento para la utilización de material genético(sic), equivale al reconocimiento de la filiación.
 2. La utilización del material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.
 3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

La exposición de motivos refiere:

Cuando se trate de una TERMA realizada con material genético de quienes no estén unidos por vínculos matrimoniales; resulta preciso regular el establecimiento de una filiación de la descendencia, para lo cual se ha tenido en cuenta, en el numeral 1 de la propuesta normativa, que el asentimiento sea en documento de fecha cierta o vía testamento representa título suficiente de reconocimiento del hijo.

(GTRMCV, 2019, p. 109)

- **Artículo 415–D.- Determinación de la maternidad**
 1. El parto determina la maternidad.
 2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
 3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño

o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.

4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.

La exposición de motivos refiere:

La propuesta consagra que el parto determina la maternidad. Es decir, prima la maternidad biológica, la maternidad de la mujer que gesta o pare a la criatura. Ello independientemente de que sea una ovodonación, embriodonado, maternidad sustituta o cualquier otra derivación procreática aplicable.

(GTRMCV, 2019, p. 109)

Ley N° 26842 – Ley General de Salud

Artículo 7.- Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida, se requiere del consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos.

Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

Con lo expuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud (Amado, 2021) refiere que:

Las personas pueden acudir a las TRA a razón de cumplir dos condiciones primordiales: la identidad genética y el consentimiento de los padres biológicos por escrito, este segundo, antes de realizarse el tratamiento. Ahora bien, para la procreación es necesario el uso del mismo material genético de la mujer, lo que no ocurre con el del varón, este sí puede ser donado, pero con la condición de ser anónimo el donante.

La misma Amado (2021) señala que la Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, a pesar de no estar regulada, existen instituciones que promocionan los procesos de fertilidad en todo rango de complejidad. La maternidad subrogada no se prohíbe ni se permite en la ley, dado que no existe una norma

que lo regule ni el Código Penal lo sancione, entonces, urge su regulación en nuestra normativa.

2.3. Marco conceptual

- **La maternidad subrogada**

La maternidad subrogada es el contrato de carácter gratuito u oneroso, donde una mujer gesta –o también, dona sus óvulos– y sobretodo se compromete a hacer entrega del bebe a la pareja comitente (casados o no), los mismos que pueden o no aportar sus genes, si es el último caso, los gametos vendrían de terceros donante -tanto el óvulo como el espermatozoide- (Pérez, 2002, como se citó en Vilar, 2017).

- **Gestación por cuenta de otro**

Es la nomenclatura que hace alusión a la maternidad subrogada en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano de 1984.

- **Técnicas de Reproducción Humana asistida**

O TRA, TERAS, TERMA, TRHA, se refieren a los métodos que suplen a la infertilidad de las personas para poder tener hijos, puesto que se basa en un conjunto de procesos donde un equipo médico realiza la unión del espermatozoide y óvulo, ya que no puede hacerlo de forma natural (Amado, 2021).

- **Pareja comitente**

O padres intencionales contratantes, padres comitentes, es aquella pareja “(matrimoniada o en unión de hecho)” que anhelan tener un hijo y esta es amparada en la voluntad procreacional, por este motivo acuden a la maternidad subrogada. Entre las dificultades que presentan para no tener un hijo de la forma convencional se resaltan: infertilidad de la pareja, la dificultad del proceso de adopción, presencia de anomalías genéticas de la mujer y el riesgo de transmitirlo

al hijo, convicción de la mujer de no gestar -con o sin motivo médico justificado- (Tiller, 1987 como se citó en Muñoz-Gómez, 2021).

- **Mujer subrogante**

O madre subrogante, o mujer gestante, es aquella que gesta y tiene el compromiso de dar el hijo nacido a la pareja que lo encomendó, esto a cambio de una cantidad dineraria o no, es decir de forma onerosa o gratuita. (Muñoz-Gómez, 2021).

- **Hijo nacido**

O niño, bebe, menor que nace vivo a través del proceso de la maternidad subrogada (Muñoz-Gómez, 2021).

- **Padres biológicos**

Varón y mujer que aportaron sus gametos (espermatozoide y óvulo), pudiendo ser los padres intencionales o no; lo que sí se precisa es que el material genético para la fecundación les pertenece (Muñoz-Gómez, 2021).

- **Filiación**

Es el vínculo jurídico que existe entre los padres (papá, mamá) y los hijos. Se tiene como determinante supuesto la vinculación biológica (natural), sin embargo, se puede encontrar la postura en la ley (adopción). A ello se suman dos variantes: uno, los cambios sociales y, dos, el impacto biotecnológico; tanto la adopción como la igualdad de los hijos naturales (dentro y fuera del matrimonio) obedecen a los cambios sociales, la inclusión del ADN y las TRHA obedecen al impacto biotecnológico con su implicancia en el ámbito jurídico (Krasnov, 2005 como se citó en Amado, 2021).

- **Filiación por maternidad subrogada**

O filiación social, donde los padres no los son de forma biológica y este es demostrado por el ADN, sin embargo, cumplen todas sus obligaciones con el

niño y estas se dan por voluntad; esta figura se evidencia más en las procreaciones por TRHA o maternidad subrogada (Amado, 2021), en esta filiación priman los derechos de voluntad procreacional y consolidación del proyecto familiar para establecer el vínculo filiatorio que surgió a razón de la maternidad subrogada.

- **Donante**

O tercero donante, se refiere a aquella persona de aporta de forma anónima y gratuita sus genes (espermatozoides u óvulos), para que con ellos se pueda fecundar un niño mediante el uso de las TRHA para la maternidad subrogada.

- **Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano de 1984**

Es el documento creado a encargo del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con miras de revisar y proponer mejoras al actual Código Civil, y fue elaborado por el Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984 y fue presidida por Mario Fernández.

CAPÍTULO III METODOLOGÍA

3.1. Metodología

3.1.1. Método general

- **Método científico**

Es “el conjunto de procedimientos racionales y sistemáticos encaminados a hallar solución a un problema y, finalmente verificar o demostrar la verdad de un conocimiento” (Niño, 2011, p. 26) por lo tanto, el estudio que se desarrolló se basa en los parámetros establecidos por la ciencia y su método, dado que toda acción observada, comprobada, analizada de forma racional forma parte de su campo de acción; la maternidad subrogada, la filiación en el anteproyecto de la Reforma de la norma cumplen estos preceptos establecidos dentro del método general de estudios.

3.1.2. Métodos específicos

- **Método análisis-síntesis**

“Es un procedimiento de investigación y esclarecimiento de los fenómenos culturales que consiste en establecer la semejanza de dichos fenómenos, infiriendo una conclusión acerca de su parentesco genético, es decir, de su origen común.” (Bernal, 2006, p 67); con este método se pudo estudiar a profundidad tanto la norma como la doctrina y después se sintetizó para arribar a conclusiones prácticas y puntuales.

- **Método comparativo**

Este método precisa que “es un proceso intelectual racional en el que se va comparando de lo particular a lo particular, estableciendo diferencias y semejanzas, hasta obtener una conclusión” (Cortés y Álvarez, 2017, p. 140); con este método se contrastó las teorías, concepciones y normas, tanto entre sus diferencias como sus semejanzas con el propósito de tener una valoración más amplia.

- **Método dogmático**

“Por el estudio e investigación de la doctrina, a fin de conocer los aportes de los juristas o lo que aparece en el campo normativo, estudiar instituciones del Derecho para efectuar construcciones estructuradas y proponerlas para su utilización.” (Hinostroza, 2020, p. 67); con este método se pudo analizar, visualizar y revisar las diversas posturas de los juristas en torno a la maternidad subrogada y la filiación.

- **Método exegético**

“Utiliza los elementos gramaticales, semánticos, extensivos, etc. La tarea del intérprete y del investigador es tratar de descifrar lo más auténticamente posible lo que el legislador quiso decir” (Álvarez, 2002, p. 30); nos permitió analizar a la norma (sustantiva), de tal manera, que esta se convierte en una pieza fundamental del estudio cualitativo de la investigación, aquí se trabajó el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano.

- **Método hermenéutico**

“Hace referencia a la interpretación del derecho, puede compendiarse con el método exegético, sistemático y sociológico. La aplicación de este método se encamina a descubrir, hallar contradicciones, deficiencias, omisiones entre las normas o el sistema jurídico” (Bustamante, SF. p. 27); con este método se determinó y analizó el campo jurídico actual –todas las normas que tratan acerca de la maternidad subrogada y la filiación– peruano para poder hallar las omisiones de nuestro marco normativo.

3.2. Tipo de estudio

El tipo de estudio que se empleó en la investigación según su aplicación fue la investigación básica porque “busca el conocimiento teórico, tiene por objetivo producir nuevos conocimientos de la realidad tratando de describir leyes, explicar y producir nuevas teorías científicas” (Huamancaja, 2017, p. 55). En el mismo sentido,

según su carácter la investigación fue descriptiva porque “una vez encontrada el problema o fenómeno en estudio, que se constituye en variable de estudio, trata de informar sobre el estado actual de la variable su objetivo principal es caracterizarla o indicar sus razones más saltantes y diferenciadores” (Huamancaja, 2017, p. 55-56). Como establece, el tipo de estudio tiene varias clasificaciones, de ellas se tomó dos (según su aplicación: investigación básica, y según su carácter: investigación descriptiva), ambas tienen por objetivo el análisis, descripción, informe, identificación teórica de un fenómeno actual, sin manipulación de las variables con el fin de encontrar los elementos más resaltantes de la maternidad subrogada, la filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en relación a la norma sustantiva.

3.3. Nivel de estudio

El nivel de estudio que se desarrolló en la investigación fue el descriptivo porque se basó en “especificar las propiedades importantes de personas, grupos, comunidades o cualquier otro fenómeno que sea sometido al análisis” (Huamancaja, 2017, p. 61), por lo que la investigación se ancló en el estudio descriptivo de la maternidad subrogada, filiación en todas sus fronteras y en su desarrollo dentro del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil.

Del mismo modo, se estudió las características, propiedades, interacción con artículo 7 de la norma general de salud y su amplitud, así como la norma sustantiva dentro de los límites presentado en la investigación, al respecto, el mismo autor señala que “estas investigaciones se describen las características y propiedades de un fenómeno tal como se encuentra en la realidad” (Huamancaja, 2017, p. 61).

3.4. Diseño de estudio

La investigación se elaboró bajo el diseño cualitativo de investigación documental “que es aquella que se realiza a través de la consulta de documentos (libros, revistas, periódicos, memorias, anuarios, registros, códigos, constituciones, etc.)” (Universidad de Jaén, 2021); en el mismo sentido se señala que (Arias, 2012) “es un proceso basado en la búsqueda, recuperación, análisis, crítica e interpretación de

datos secundarios, es decir, los obtenidos y registrados por otros investigadores en fuentes documentales” (p. 27), en cuanto a que la investigación se amparó en estudiar al fenómeno haciendo uso del material documental tanto normativo, doctrinal y tecno-biológico para así poder describir, analizar, explicar e identificar a cada uno de sus actores, tanto de la maternidad subrogada, filiación, como del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil esencialmente.

3.5. Escenario de estudio

El escenario de estudio de la investigación fue el Perú, donde tiene campo de acción legal el Código Civil y su Anteproyecto de la Reforma, del mismo modo se empleó para el estudio comparado otras naciones que en las que se está promoviendo, desarrollando o prohibiendo la maternidad subrogada y sus efectos en la filiación. Es necesario también establecer que, el estudio se basa en el análisis documental, por lo que se trabajó en gabinete.

3.6. Caracterización de sujeto o fenómenos

La investigación empleó como materia hipotética a los sujetos intervinientes en la maternidad subrogada, que son las parejas heterosexuales que desean tener un hijo haciendo uso del vientre de un tercero, la mujer que emplea su útero y los donantes de los genes. Así mismo, se trabajó en el estudio documental de la normativa, doctrina y tecno-biología que circundan a la maternidad subrogada, la filiación y el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano.

3.7. Trayectoria metodológica

La trayectoria metodológica que se siguió en el desarrollo de la investigación fue Arias (2012):

- Búsqueda de fuentes.
- Primera lectura de los documentos seleccionados.
- Elaboración del mapa a seguir en el trabajo.
- Recolección de datos en base al mapa a seguir.
- Análisis e interpretación de la información recolectada.

- Redacción del cuerpo de la investigación.
- Redacción de las partes complementarias de la investigación.
- Revisión y presentación del informe final.

3.8. Mapeamiento

En la investigación se estudió la maternidad subrogada, en el contexto normativo peruano, qué tipo de prácticas realiza, cuáles son los procedimientos técnicos y de salud que requiere para su ejecución. Del mismo modo, se trabajó hipotéticamente con los actores humanos que participan (los que desean encargar el hijo, la mujer que presta su vientre, los donadores de genes –cuál es su medida de participación–), y mediante esta interacción cómo se desarrolla la figura de la filiación con cada uno de los intervinientes, qué derechos y obligaciones les asisten, cómo es su rol y ejercicio dentro de la sociedad, bajo qué figura tienen que estar para que esta práctica (que es cada vez más recurrente) tenga valedero y sea aceptado de forma legal; es aquí que participa la norma, cómo la está regulando –¿lo hace o no?–, qué recursos prepara el Anteproyecto para su inserción, postergación o rechazo, cuáles son los requisitos que exige. Con estos recursos desarrollados se pudo alcanzar los resultados y la triangulación (discusión) y así arribar a las conclusiones de la investigación presentadas.

3.9. Rigor científico

El trabajo se amparó en el estudio científico y usó los métodos específicos señalado para su correcto desenvolvimiento dentro de los parámetros del método general. En el mismo sentido, se trabajó dentro del nivel descriptivo, tipo básico-teórico y diseño de investigación documental siguiendo fielmente la trayectoria metodológica propuesta. La información fue manejada con la técnica e instrumento (análisis documental, en esencia) para poder recolectar los datos necesarios y ser procesados adecuadamente. Asimismo, la información presentada se manejó bajo los principios éticos en pro del qué hacer científico y del reconocimiento de fuentes y uso de bibliografía fiable.

3.10. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Técnica	Instrumento
Análisis de documentos: “se refiere a la manipulación de todo aquél documento que contenga datos de interés sobre el tema a desarrollar por el investigador, siendo pues, leyes, jurisprudencias, libros, revistas, entre otros” Igartúa (2006) como se citó en Álvarez y Cortés (2020, p. 111).	Guía de análisis documental

3.11. Tratamiento de la información

La información fue procesada de la siguiente manera:

- Análisis documental.
- Triangulación de resultados, antecedentes y marco metodológico.
- Discusión de resultados.

CAPÍTULO IV

RESULTADOS

4.1. Maternidad subrogada en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano

En el Código Civil peruano de 1984 no aparece la maternidad subrogada de forma expresa ni tácita. En el Libro III: Derecho de Familia se abarca diversas instituciones, tales como el matrimonio, filiación, divorcio, patria potestad, entre otros. Del mismo modo, se trabajan los artículos que comprenden del 233 al 659 que abordan a la familia.

En el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano este tema está abarcado en la modificación del artículo 415 que hacía mención a los Derechos del hijo alimentista que a letra dice:

Código Civil peruano de 1984: artículo 415.- Fuera de los casos del artículo 402, el hijo extramatrimonial sólo puede reclamar del que ha tenido relaciones sexuales con la madre durante la época de la concepción una pensión alimenticia hasta la edad de dieciocho años. La pensión continúa vigente si el hijo, llegado a la mayoría de edad, no puede proveer a su subsistencia por incapacidad física o mental. El demandado podrá solicitar la aplicación de la prueba genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza. Si estas dieran resultado negativo, quedará exento de lo dispuesto en este artículo.

Asimismo, podrá accionar ante el mismo juzgado que conoció del proceso de alimentos el cese de la obligación alimentaria si comprueba a través de una prueba genética u otra validez científica con igual o mayor grado de certeza que no es el padre.

Artículo que el Grupo de Trabajo de revisión y mejora del Código Civil peruano de 1984 que fueron creados por la Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS, modificado mediante Resolución Ministerial N° 0183-2017-JUS y Resolución Ministerial N° 0047-2018-JUS, presidida por Gastón Fernández Cruz, el mismo que trabajaron entre octubre de 2016 a marzo de 2019 para así presentar la versión final del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano de 1984 que fue entregado

al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el mismo que con Resolución Ministerial N° 0128-2019-JUS agradece a todo el equipo de trabajo por las actividades prestadas en la revisión y propuesta de mejora del Decreto Legislativo N° 295 (Código Civil peruano).

El artículo 415 del Código Civil es materia de modificación en el Anteproyecto de la Reforma de la misma norma sustantiva en los artículos 415, 415-A, 415-C y 415-D.

En cuanto a la maternidad subrogada se analizó y alcanzó los siguientes resultados en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil.

Tabla 1. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415 del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.-	Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida
Derecho del hijo alimentista	1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional.
No presenta filiación mediante fecundación asistida	2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil.
	3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.

Como se identificó la maternidad subrogada no se presenta en el Código Civil peruano de 1984, sin embargo se hace alusión al artículo 415 de la norma en el Anteproyecto de la Reforma del mencionado código en el trabajo de la maternidad subrogada a reemplazo del derecho del hijo alimentista en cuanto a la asistencia alimenticia del que se vinculó con su madre sexualmente durante la concepción, la justificación recae a que este tema es trabajado ya con la prueba biológica o genética

que se desarrolla en el artículo 413 para la declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial en relación a los derechos y obligaciones que esta regula con los hijos tanto en la alimentación y derechos conexos; por esta razón se planteó el reemplazo del contenido de este artículo con la filiación mediante la fecundación asistida del Anteproyecto de la Reforma.

El Anteproyecto de la Reforma planteó lo siguiente en el artículo 415:

- **El consentimiento previo, informado y libre:** las personas que se sometan a esta práctica tienen como requisito dar el consentimiento previo al inicio del proceso, ya que no será responsable ni ético si lo otorga recién durante la ejecución. Para dar el consentimiento se tiene que figurar otra acción, que el interesado tiene que estar informado de todos los pasos, beneficios, obligaciones y consecuencias de esta decisión. Aunado a lo referido también es de vital importancia que se dé de forma libre, sin sujeciones ni convencimientos persuasivos que mellen la libertad de expresar su deseo. Por lo que, es necesario el consentimiento previo, informado y libre, sin excluir a uno de ellos.
- **La voluntad procreacional:** el principio de la voluntad procreacional es uno de los pilares máximos para que la maternidad subrogada tenga presencia en nuestros días, dado que permite expresar y actuar a los sujetos su deseo de tener descendencia y accionar hasta que se haga efecto, esto dentro del parámetro normativo aceptado y es quien está impulsando para que se pueda regular este tipo de reproducción.

La voluntad procreacional tiene que ver con la libertad de decidir en cuanto a su reproducción y su sexualidad, a razón de que Arenas y Valladares (2019) “la libertad que tiene todo individuo de planificar su familia, entendiendo por tal libertad para decidir si procrear o no, así como para evitar la reproducción” (p. 10), además es necesario puntualizar que “La generación ya no es consecuencia natural del encuentro físico entre un hombre y una mujer, sino más bien fruto de una elección consciente” Arenas y Valladares (2019, p. 10), tanto para la reproducción (maternidad y paternidad) y filiación. Esta voluntad no solo recae cuando la pareja es la que decide tenerlo con las TRA o cuando encarga a una tercera lleve el embarazo, sea con sus gametos o con los de donantes.

- **El consentimiento es de forma personal e individual:** Así como el consentimiento es previo, informado y libre, este tiene que darse de forma personal e individual, quiere decir que cada integrante de la pareja tiene que dar su consentimiento unitario, el matrimonio no hace subsunción para que uno solo lo haga, mucho menos si están en unión de hecho. Por lo tanto, este consentimiento parte de uno mismo y son ambos integrantes que lo tienen que expresar. Se asume que previo hay comunicación y consenso de la pareja para que así cada uno otorgue su consentimiento favorable a la maternidad subrogada, ya que es deseo de ambos.
- **El consentimiento tiene que ser expreso:** el consentimiento no solo tiene que ser previo, informado, libre, personal e individual, sino que es necesario darlo de forma expresa, en un documento firme y legítimo con fecha cierta, se descarta cualquier forma de consentimiento tácito o sobreentendido. Por lo que es fundamental la presencia del documento, así como la participación en el proceso (a excepción de este último en el post mortem). El uso del material genético del marido y que esté enterado de ello hace valer como consentimiento expreso.

Tabla 2. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-A del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista No presenta	Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial 1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3. 2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la

reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.

3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.
-

El Grupo del Anteproyecto de la Reforma determinó que el artículo 415 tenga una extensión como 415-A –en las dos primeras viñetas pueden también hacer alusión de la reproducción asistida cuando la mujer es la que gesta, por lo que se alejaría de la maternidad subrogada, sin embargo, las figuras aquí planteadas se dan cuando es una tercera quién lleva el embarazo– donde plantearon lo siguiente:

- **Uso del material genético del marido:** para la procreación mediante la maternidad subrogada puede usarse el material genético del marido, para ello se hace uso de las técnicas de reproducción asistida, en este proceso existe dos aceptaciones: la de la mujer como la del marido. Se asume que la mujer es quien también otorga su material genético.
 - **Asentimiento expreso del marido para el uso de material genético de un tercero:** en esta figura se usa el material genético de la mujer y de un tercero (donante), para ello el marido tiene que dar la aceptación expresa con fecha cierta de asentimiento. Para que esta figura sea equitativa es necesario también la aceptación expresa con fecha cierta de la mujer en la primera figura.
 - **Otras figuras de maternidad subrogada:** 1) uso del material genético del marido con la donación de material genético de una tercera persona (donante). 2) Uso del material genético de terceras personas (óvulo y espermatozoides donados). 3) Uso del óvulo de la subrogante y del espermatozoide del marido.
- Es necesario precisar que estas figuras no están reguladas en el Anteproyecto de la Reforma, pero con en la praxis se está desarrollando, por lo que es bueno la regulación de éstas y la actualización -por lo que promueve- del artículo 7 de la

Ley General de Salud: 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 (subrayado y resaltado nuestro). Del mismo modo, es necesario precisar que todas estas figuras se anclan en que la pareja es un matrimonio con la regulación actual, es decir heterosexual.

Tabla 3. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-C del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista No presenta	Artículo 415-C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial 1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierto o testamento para la utilización de material genética(sic), equivale al reconocimiento de la filiación. 2. La utilización del material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales. 3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

El Grupo del Anteproyecto de la Reforma esclareció en la modificación del artículo 415 con el 415-C en la que se aborda el tema en cuanto a las parejas extramatrimoniales, las cuales se detallan a continuación:

- **El uso de material genético del cedente:** presenta la figura de que uno puede donar material genético para que este sea usado en las TRA, sin olvidar que el artículo 7 de la Ley General de Salud en su última parte hace hincapié en que “Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la **procreación**, así como la clonación de seres humanos” (subrayado y resaltado propio), por lo que deja abierta la factibilidad de la donación de genes con el objetivo de la procreación.
- **Uso de los TRA en parejas no matrimoniales:** da la posibilidad de usar los TRHA en este tipo de parejas (unión de hecho y heterosexuales), con la atinencia que solo se realice como lo presentar la primera parte del artículo 7 de la Ley General de Salud: “siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, distanciándose de esta manera de la maternidad subrogada, que a visibilidad lo puede gestionar una pareja matrimonial.

Cabe resaltar que el de deseo de consolidar el proyecto familiar se presenta con parejas heterosexuales formales y reguladas por la norma tradicionalmente se concreta con el matrimonio y solo cuando estas no alcancen a tener hijos de la forma biológica natural recurren en los TRHA y ulteriormente buscan la maternidad subrogada.

Tabla 4. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-D del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la maternidad subrogada

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.-	Artículo 415–D.- Determinación de la maternidad
Derecho del hijo alimentista	1. El parto determina la maternidad.
No presenta	2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.
	3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja

que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.

4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.
-

El Grupo del Anteproyecto de la Reforma efectuó el trabajo más consistente en el cuanto al artículo 415-D acerca de la subrogación materna (gestación por cuenta de otro) a razón de la determinación de la maternidad, dado son ellas quienes llevan en su vientre al nuevo ser, lo que se cataloga en el varón sólo el uso de sus genes y la aceptación expresa de su uso. Este artículo emplea ideas de los precedentes para que aquí se puedan tratar abiertamente enlazándolas con la maternidad. Se pudo identificar que:

- **El parto determina la maternidad:** Si bien la premisa es que se le atribuye la maternidad a la mujer que alumbró al menor tanto de procreación natural como con uso de los TRHA en razón al artículo 7 de la Ley General de Salud, la maternidad subrogada abre otros caminos como se detalla en la viñeta contigua. Este punto está tratado a razón del principio biológico, dado que este en uno de sus extremos determina que el uso del óvulo de la madre para la procreación y más aún cuando esta es quien la gesta y alumbra. Sin embargo, en la maternidad subrogada este principio empieza a disgregarse dado que va distar el uso del material genético, la gestación el alumbramiento y la voluntad procreacional de la mujer.
- **Uso de material genético (mujer o pareja) o embrión de terceros:** en la maternidad subrogada el material genético puede provenir de varias personas, entre ellas se identificó que los genes se obtendrían de la madre que encarga, el padre que encarga, la donante de óvulo, el donante de espermatozoide, la mujer subrogante. Esto quiere decir que entre todos ellos y de acuerdo a la circunstancia se tomará un óvulo y el espermatozoide para la procreación; en este caso del embrión también puede provenir de los mencionados. Cabe recalcar que, en la

figura de aporte de los genes de terceros, la posición se va en calidad de donación, lo mismo que se aplicará en el caso que el óvulo lo aporta la mujer subrogante. El uso del término “pareja” se presta para interpretaciones que giran desde el matrimonio hasta uniones libres, sin embargo, se trabajó con la premisa: parejas formales heterosexuales.

- **Voluntad procreacional de la mujer o pareja que encarga:** el principio procreacional abordado en el artículo 415 del Anteproyecto de la Reforma se vuelve a nombrar aquí, dado que es uno de los pilares para la reproducción asistida, aunado al deseo de la consolidación del proyecto familiar. No obstante, es necesario revisar los términos “la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicita la procreación” (resaltado y subrayado nuestro) que hace alusión a la mujer que nos puede llevar a la interpretación que solo una dama aspire a tener un hijo sin necesidad de tener pareja, o a la aceptación expresa de la mujer subrogante.
- **La gestación por cuenta de otro:** otra forma de nombrar a la maternidad subrogada, vientre de alquilar, maternidad de alquiler, entre otros. El inciso 3 del artículo 415-D hace mención expresa de esta figura de maternidad y procreación. Donde intervienen los sujetos mencionados con el fin de procrear un nuevo ser, quien será amparado también por el principio del interés superior del niño. La gestación por cuenta de otro no se hace exigible de forma patrimonial, lo que hace suponer que tiene que darse de forma filantrópica, tema muy distante de la práctica cotidiana.
- **La no existencia del contenido patrimonial en la maternidad subrogada:** en el inciso 4 se hace mención del contenido patrimonial en la gestación por cuenta de otro y la atingencia que no se entabla el contenido patrimonial en esta figura, a lo que se refiere es que no se podrá exigir el cumplimiento del contrato, tal como se refiere en la reflexión, donde es evidente que habrá cumplimiento forzoso, ni cómo recurrir al él, siendo el deudor, además la violencia será el límite contra su ser, el mismo que está prohibido, es más este contrato no tiene contenido patrimonial como lo estipula el inciso 4 del 415-D (Castillo, 2020).

4.2. Filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano

En el Código Civil peruano de 1984 la filiación aparece en el Libro III: Derecho de Familia, Sección Tercera: Sociedad paterno-filial, básicamente en el Título I: Filiación matrimonial y Título II: Filiación extramatrimonial, comprendiendo entre los artículos 361 al 417 de la norma sustantiva que regula el ámbito civil en nuestro país.

Si bien en el proceso se avizoró a varios artículos que forman parte de la filiación, es necesario esclarecer que el artículo primordial para el tratamiento de la filiación en la maternidad subrogada fue el 415: Reconocimiento de los hijos alimentistas. A esta razón se aunó que en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil no se hizo referencia para mejorar, cambiar o reemplazar un artículo entre el 361 al 414, ni del 416 al 417, a excepción del 389: Reconocimiento por los abuelos, por lo que se hace redundante analizar a profundidad estos artículos, más no es lo que ocurrió con el 415. Los otros artículos en relación a la filiación tienen una tratativa en base a la relación de los hijos por procreación biológica natural. Y el artículo 415 está propuesto para su modificación, porque el tema de los hijos alimentistas tienen una mejor tratativa con el artículo 413 de la misma norma sustantiva, la que ya es materia para otra investigación.

En el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano este tema se abarcó en la modificación del artículo 415 que hacía mención a los Derechos del hijo alimentista, entablando la relación de la filiación con la maternidad subrogada, materia de análisis de la investigación.

El artículo 415 del Código Civil es materia de modificación en el Anteproyecto de la Reforma de la misma norma sustantiva en los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D.

En cuanto a la filiación en la maternidad subrogada se analizó y alcanzó los siguientes resultados en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, materia de análisis en la investigación.

Tabla 5. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415 del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista	Artículo 415.- Filiación mediante fecundación asistida
No presenta	<ol style="list-style-type: none"> 1. Toda técnica de reproducción asistida debe contar con el consentimiento previo, informado y libre de las personas que se someten a su uso y debe estar sustentada en la voluntad procreacional. 2. No podrá hacerse ninguna referencia acerca del tipo de reproducción en ningún documento personal ni en el Registro del estado civil. 3. El consentimiento informado debe ser prestado en forma personal e individual por cada una de las personas que se someten al uso de la técnica de reproducción asistida.
Artículo 413.- Prueba biológica o genética	
En los procesos sobre declaración de paternidad o maternidad extramatrimonial es admisible la prueba biológica, genética u otra de validez científica con igual o mayor grado de certeza.	

Se identificó a la filiación en el Código Civil en los artículos 361 al 417, donde la tratativa se hace en varias figuras procesales en relación a la esta institución, sin embargo, en cuanto a la investigación se centra en el análisis del 415. Este artículo se propone su modificación por el Grupo del Anteproyecto de la Reforma a razón que lo vertido en este artículo (derecho de los hijos alimentistas) es tratado en el 413: prueba biológica o genética, dado que con la aplicación de estas pruebas ya se identifican a los padres del menor y no es necesario la aplicación de los derechos del hijo alimentista.

En cuanto al artículo 415 del Anteproyecto de la Reforma se plantea lo siguiente en torno a la filiación:

- **El consentimiento previo, informado y libre:** el consentimiento previo, informado y libre es elemento fundamental para que se establezca la filiación,

dado que esta recae en el principio de voluntad procreacional y el conocimiento por parte de los padres en cuanto al vínculo filiatorio con el ser.

- **El consentimiento es de forma personal, individual y de forma expresa:** para la aceptación de la filiación es necesario que cada uno de los integrantes de la pareja den el consentimiento personal e individual y de forma expresa al momento de la procreación para que de esta forma sea concurrente con la primera viñeta y el principio de voluntad procreacional.
- **La voluntad procreacional:** el principio de la voluntad procreacional es fundamental para que una persona pueda tener descendencia, dado que es quien expresa el deseo de procrear un nuevo ser, este principio es personal y dicotómico en caso de las parejas. Se establece que la filiación es consecuencia de la voluntad de procrear, dado que no habrá una negativa en asumir la paternidad del menor dado que se desea su existencia. Este principio se vincula con el principio de la consolidación del proyecto familiar, en relación al campo subjetivo como a la concreción de la perpetuidad de la especie como parte del matrimonio.

En ese mismo sentido se identificó Arenas y Valladares (2019 que:

Si la pareja que se somete a estos procedimientos médicos está casada al tiempo de la concepción o al momento del nacimiento, entonces la filiación del hijo concebido por Técnicas de Reproducción Asistida será matrimonial. Esto se extrae simplemente de la aplicación de las reglas generales de filiación, pues la relación respecto a de la madre quedará determinada por el parto, y la del padre por la presunción de paternidad que opera respecto del marido. De todas formas, y previamente, se requerirá del consentimiento escrito de ambos cónyuges, en orden a expresar su voluntad de someterse a estas técnicas. Si en cambio, la pareja no ha contraído matrimonio y se trata de un proceso de fecundación artificial con gametos ajenos, la filiación queda determinada por el consentimiento previo y expreso de la pareja, que opera como un reconocimiento anticipado de paternidad y maternidad (p. 30).

Por lo que, el principio de la voluntad procreación llega a anticiparse a la aceptación filiatoria de los padres con el menor y de esta forma solo falta la consolidación expresa una vez este haya nacido, puesto que las diversas posiciones fueron expuestas por Arenas y Valladares en la cita: pareja casada y pareja que no llegó al matrimonio, en ambos casos se establece la voluntad de tener descendencia de forma consciente.

Tabla 6. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-A del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
<p>Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista</p> <p>No presenta</p>	<p>Artículo 415-A.- Determinación de la filiación matrimonial</p> <p>1. Los hijos se consideran matrimoniales cuando se utiliza material genético del marido para la realización de la reproducción médicamente asistida. La existencia de material genético del marido para su uso en una reproducción médicamente asistida hace presumir su asentimiento, salvo lo dispuesto en el numeral 3.</p>
<p>Artículo 361.- presunción de paternidad</p> <p>El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tienen como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario.</p>	<p>2. Los hijos se consideran matrimoniales cuando exista asentimiento expreso del cónyuge, formalizado en documento de fecha cierta, para la realización de la reproducción médicamente asistida con material genético de tercero.</p>
<p>Artículo 362.- presunción de hijo matrimonial</p> <p>El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido.</p>	<p>3. En los casos de reproducción médicamente asistida post mortem con material genético del marido, el hijo será matrimonial siempre que exista asentimiento expreso de aquel y se realice dentro del plazo máximo de trescientos días de la muerte del marido. La misma regulación se aplica a los embriones crio conservados.</p>

Se identificó que la filiación en cuanto a la maternidad subrogada no se encuentra dentro del Código Civil, lo que sí ocurre en el Anteproyecto de la Reforma en el artículo 415-A. Sin embargo, así como el 415-A hace referencia a la determinación

de la filiación matrimonial en casos de TRA y ulterior maternidad subrogada se hace alusión a la filiación matrimonial (en casos de reproducción biológica natural) en el Código Civil en los artículos 361 y 362, lo que nos ayudó al hacer el cotejo. Los mismos que a continuación se detalla:

- **Filiación de paternidad:** en el 361 del Código Civil hace mención que se presupone padre (salvo declaración en contrario de la madre) del hijo que nace dentro del matrimonio o a trescientos días después de la disolución de la misma, siendo esta muy similar a lo expuesto en el artículo 415-A en cuanto al uso del material genético del padre bajo las mismas condiciones (a excepción de no dar el consentimiento expreso).
- **Presunción de hijo matrimonial:** en el artículo 362 del Código Civil se expresa que se presume hijo matrimonial al que nació bajo las condiciones expuestas en el 361, por lo que la filial tanto del padre como de la madre con el hijo se asienta de esa forma. En el 415-A se considera hijo matrimonial al que fue procreado con TRHA donde se usa el material genético del marido (con la atingencia del consentimiento), en el mismo sentido se establece hijo matrimonial cuando hay consentimiento expreso en documento firme del cónyuge para el uso de material genético de un donante (tercero); en esta figura también existe la filiación tanto del padre como de la madre con el menor procreado bajo el tema que se trata. La misma presunción ocurre en caso de post mortem, cuando se usa el material genético del marido con dos condiciones: que haya asentimiento expreso de este (cuando está en vida) y se realice dentro de los trescientos días después del fallecimiento. Vinculándose con el artículo 361 del Código Civil de 1984 con el inciso 3 del artículo 415-A del Anteproyecto de la Reforma planteada por el Grupo.
- **Filiación en otras figuras de maternidad subrogada:** **1)** uso del material genético del marido con la donación de material genético de una tercera persona (donante); si hay asentimiento de ambos (marido y mujer que encargaron la procreación) serán considerados padres del menor y la filiación se generará. **2)** Uso del material genético de terceras personas (óvulo y espermatozoides donados), si el matrimonio que encargó dio su asentimiento bajo el principio de

voluntad procreacional, serán considerados padres del menor que fue procreado. 3) Uso del óvulo de la subrogante y del espermatozoide del marido; si la mujer que encargó dio el asentimiento expreso será considerada madre y la filiación se dará entre el menor, la mujer que encargó y el marido de esta (también con el asentimiento expreso). En estas figuras se excluye de filiación alguna a la mujer subrogante, a los donantes terceros (óvulo y/o espermatozoide) para con el menor, puesto que prima la voluntad procreacional del matrimonio que encargó al bebé.

Tabla 7. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-B del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista No presenta	Artículo 415-B.- Impugnación de paternidad Procede la impugnación de paternidad
Artículo 463.- Negación de la paternidad 4. Cuando adolezca de impotencia absoluta. 5. Cuando se demuestre a través de la prueba del ADN u otras pruebas de validez científica con igual o mayor grado de certeza que no existe vínculo parental.	derivada de la reproducción médicamente asistida de la mujer, realizada sin mediar el asentimiento expreso del marido a que se refiere el numeral 2 o fuera de los requisitos establecidos en el numeral 3 del artículo 415-A.

Se identificó que la impugnación de paternidad en caso de maternidad subrogada no existe en el Código Civil (artículo 415), lo que sí se estipuló en el artículo 415-B del Anteproyecto de la Reforma. No obstante, también se hizo el contraste con el artículo 463 del Código Civil con el 415-B del Anteproyecto de la Reforma, lo que se encontró fue lo siguiente en cuanto a la filiación:

- **Impotencia absoluta del marido:** en el Código Civil se presenta la figura de negación de paternidad por impotencia absoluta del marido cerrando así la opción de filiación (salvo este adopte) con el menor; por el contrario, en el Anteproyecto de la Reforma si el marido da su asentimiento expreso para el uso material genético de un tercero se puede declarar la filiación, no obstante, si el marido no dio su consentimiento expreso se impugnará la vinculación filiatoria entre este y el menor.

- **Uso del ADN:** en el Código Civil se negará la paternidad cuando mediante prueba de ADN u otra de igual o mejor rango se establece que no hay vínculo genético; en el caso del Anteproyecto esta figura también es viable en caso de usar el material genético de un tercero solo cuando el marido no dio su asentimiento expreso en documento firme, en caso de sí otorgarlo ese niño será reconocido como hijo del marido, dado por el principio de voluntad procreacional.

Tabla 8. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-C del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista No presenta	Artículo 415-C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial 1. No mediando matrimonio entre quienes recurren a una reproducción médicamente asistida, el asentimiento en documento de fecha cierto o testamento para la utilización de material genética(sic), equivale al reconocimiento de la filiación.
Artículo 386.- Hijo extramatrimonial Son hijos extramatrimoniales los concebidos y nacidos fuera del matrimonio.	2. La utilización del material genético o de embriones de un cedente anónimo no dará lugar al establecimiento de una relación paterno filial entre el cedente y quienes nazcan producto de estas técnicas, ni generará vínculo jurídico alguno, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales.
Artículo 388.- Reconocimiento del hijo extramatrimonial El hijo extramatrimonial puede ser reconocido por el padre y la madre conjuntamente o por uno solo de ellos.	3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo 415-B.

Se identificó que la determinación de la paternidad extramatrimonial en maternidad subrogada no se presenta en el Código Civil (artículo 415), como sí se presentó en el artículo 415-C. Sin embargo, en los artículos 386 y 388 del Código Civil se trabajan los Hijos extramatrimoniales y Reconocimiento del hijo extramatrimonial, respectivamente, en procreación biológica natural. Se desarrolló la contrastación con estos artículos para poder identificar ideas medulares y se arribó a:

- **Hijo extramatrimonial:** Son determinados como hijos extramatrimoniales a aquellos concebidos fuera de la institución matrimonial, ya sean entre dos personas que no conviven o en calidad de unión de hecho, esto está establecido en el artículo 386 del Código Civil, por lo que el vínculo se establece en relación al menor con los progenitores que aportaron sus gametos en la procreación biológica natural. En el 415-C se hace mención que con el uso de los TRHA una pareja puede llegar a tener un hijo extramatrimonial, para ello tiene que presentar se consentimiento expreso con fecha cierta para la utilización del material genético suyo o de un tercero, el mismo que generará el vínculo filiatorio entre el que nazca de este producto y el que dio el consentimiento. Sin embargo, en la esto abre un espacio en el ámbito que pueden generar este tipo de reproducción aquellas parejas que no están consolidadas por la figura del matrimonio y que no se están vinculando de forma heterosexual. Cabe resaltar que la maternidad subrogada es una fuente para alcanzar el principio de consolidación del proyecto familiar y para ello en nuestra legislación puede darse con el matrimonio o con la unión de hecho, y en ellos solo se efectúan con parejas heterosexuales.
- **Reconocimiento del hijo extramatrimonial:** en el artículo 388 del Código Civil se hace referencia que el reconocimiento de un hijo extramatrimonial se hace por cada uno de los progenitores, ya sean juntos o por separado y de esta manera se consolida la filiación entre los padres y el menor. Por su parte el artículo 415-C, la vinculación filiatoria haciendo uso de las TRHA se da forma preliminar y luego se consolida con el acto de inscripción cuando los recurrentes dan su consentimiento de forma expresa en documento con fecha cierta para el uso de sus genes o de un tercero donante en la procreación; a esto se aúna que los

donantes de los gametos no tienen vínculo alguno con el que nazca producto del uso de sus genes, dado que quien tiene la voluntad procreacional y consolidación del proyecto familiar es o son las personas que lo solicitan y dan su asentimiento de forma expresa, personal, libre, informado e individual y en conversación previa con su pareja. En el caso de maternidad subrogada, la mujer subrogante tampoco tiene vínculo alguno con el que nazca de ella, aun así, ella fue quien donó el óvulo, ni el marido de esta –si lo tuviese–.

En el caso de post mortem se ciñe el acto filiatorio a lo señalado en el artículo 415-A con la salvedad que no existe matrimonio; cabe mencionar que al final del inciso 3 se hace llamado al numeral 3 del artículo 415-B, cabe recalcar que este artículo no tiene inciso ni numeral alguno, por lo que se presume que la norma hizo mención al 415-A, dado que es la misma figura tratada: en caso de post mortem.

Tabla 9. Contrastación del artículo 415 Código Civil y 415-D del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil en cuanto a la filiación

Código Civil	Anteproyecto de la Reforma
<p>Artículo 415.- Derecho del hijo alimentista</p> <p>No presenta</p>	<p>Artículo 415-D.- Determinación de la maternidad</p> <p>1. El parto determina la maternidad.</p> <p>2. La regla establecida en el numeral 1 no se aplica al concebido con el uso de material genético proveniente de otra mujer o pareja, o, en su caso, de un embrión de la pareja o de terceros.</p>
<p>Artículo 371.- Impugnación de la maternidad</p> <p>La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo.</p>	<p>3. En los supuestos descritos en el numeral 2 se deberá tener en cuenta la voluntad procreacional de la mujer o pareja que solicitó la procreación, o gestación por cuenta de otro, el interés superior del niño o</p>
<p>Artículo 409.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial</p>	

<p>La maternidad extramatrimonial puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo.</p>	<p>el principio de identidad genética. Estos criterios no son excluyentes entre sí.</p> <p>4. Los acuerdos de procreación o gestación por cuenta de otro no tienen contenido patrimonial.</p>
--	--

Se identificó que en el Código Civil no se presenta la maternidad en casos de maternidad subrogada y por ende no se aborda el caso de filiación, pero en el Anteproyecto de la Reforma en su artículo 415-D sí se aborda este tema de forma expresa y extendida.

No obstante, en el Código Civil se aborda los temas de impugnación de la maternidad y la declaración judicial de maternidad extramatrimonial en los artículos 371 y 409, los que se contrastó con lo vertido en el 415-D del Anteproyecto de la Reforma, como a continuación se detalla:

- **Determinación de la maternidad:** se establece como madre del menor a la mujer que lo alumbró y por ende relación materno-filiacional, sin embargo, se establecen excepciones en el artículo 415-D.
- En el Código Civil se refiere que se puede impugnar la maternidad en los casos de suplantación del hijo y parto supuesto, en el caso del primero se puede comprobar con la prueba biológica y en el segundo, la no ejecución del parto sustenta su causalidad.
- **La voluntad procreacional:** el Grupo del Anteproyecto de la Reforma sustenta que la voluntad procreacional de la mujer es muy importante para la filiación en caso de maternidad subrogada, por lo que es la pareja quien encarga la gestación a otra mujer (madre subrogante) la que posee la voluntad procreacional por lo que es esa mujer quien será catalogada como madre y se establecerá el vínculo materno-filiatorio, que inicia con el consentimiento previo al momento de procrear y se consolida con el nacimiento del menor. Por lo tanto, la mujer que gestó por cuenta de otro y la que donó el óvulo no tienen vínculo de filiación con el menor, como si la tiene la que encargó esta procreación. Esta voluntad

procreacional se vincula también al marido, y se aúna la consolidación del proyecto familiar en matrimonios heterosexuales.

- **Mujeres que pueden intervenir en la maternidad subrogada:** en el proceso de la maternidad subrogada pueden intervenir las siguientes mujeres: la que gesta al menor, la que dona el óvulo, la que encarga el bebé; puede darse también figuras como la que gesta es la que dona el óvulo, la que encarga es la que aporta el óvulo. Se determinará madre y por ende consumación del vínculo filiatorio a aquella mujer quien encargó la procreación (basándose en los principios de consolidación del proyecto familiar y voluntad procreacional), excluyendo de esta a las otras dos mujeres.

DISCUSIÓN DE RESULTADOS

- **Objetivo general**

Explicar de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.

Torres (2018) presenta la desigualdad que ocurre en la maternidad subrogada, dado que los padres intencionales pueden llegar hasta cubrir los gastos en todos los procesos que se puedan dar. Mientras que Viteri (2019) hace alusión a los cambios que se darán con la maternidad subrogada, tanto en el proceso filiatorio como en la concepción misma del término “maternidad”, todo ello en base a que el silencio que la legislación está adoptando para tratar este punto hace que se agrave más, por ello Salazar (2018) propone en base a la data de su muestra que es necesario efectuar la reforma en la norma con el objetivo que se aclare la relación jurídica entre el bebé nacido por la MS y los padres biológicos. Por lo tanto, en el estudio se plantea el impulso de proponer la materialización del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano, puesto que, tanto las TRHA y la maternidad subrogada se están haciendo presente en la praxis en nuestro país, por ende, el fenómeno que se denota es el esclarecimiento legal en torno a los mecanismos para la MS y el proceso de filiación que da origen, así salvaguardar las posturas de cada sujeto interviniente, sobre todo la dignidad humana y el fin supremo de la protección del menor. A los planteado por los investigadores y los resultados alcanzados nos permite viabilizar los propuesto en los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D del Anteproyecto en reemplazo del 415 del Código Civil.

Ramirez (2019) menciona que la legislación nacional en cuanto a los TRHA se hacen presente en la Ley General de Salud (artículo 7), sin embargo, es una norma insuficiente, porque la controversia es amplia y no se tiene una norma que pueda precisar; a ello Veliz (2019) asiste mencionando que la MS en el Perú no tiene una regulación adecuada, por consiguiente, se vulnera derechos como la identidad,

además de la obstaculización que se da a los padres comitentes en cuanto al reconocimiento filiatorio para con los niños. Por ello, en el resultado se expone la presencia de la maternidad subrogada y a las técnicas de reproducción humana asistida como mecanismo de su existencia y es el análisis del Anteproyecto que lo expone al proponer cambiar el actual artículo 415 “hijos alimentistas” con los TRHA y la MS en los artículos 415 al 415-D, de esta manera la Ley General de Salud tendrá respaldo de la norma civil para que se pueda consolidar legalmente las prácticas que se están ejecutando con este amparo.

Rojas (2020) hace un estudio en el que plantea la necesidad de la incorporación de la MS en el ordenamiento jurídico, dado que así se resguardaría la consolidación familiar, se solucionaría legalmente al problema que varias parejas tienen a razón de su infertilidad; por ello, las personas acceden al avance de la ciencia y tecnología médica para procrear en virtud a su autonomía reproductiva, el derecho a su vida privada, como a formar una familia (Lima, 2019); asimismo, si la persona no llega a cumplir este plan de vida puede ser víctima de un vacío en su existencia –más como mujer– (Aco, 2020). El estudio nos presenta puntos, tales como, la voluntad procreacional, la consolidación del proyecto familiar, la donación de genes, las formas de participación de los sujetos en la MS, la relevancia y la importancia del respeto a los principios y derechos que asisten a los peruanos; en correlación a las posiciones de los investigadores existe ese vínculo de querer prestar atención a lo que se está evidenciando en la realidad, a lo que se quiere amparar y se está planeando en el Anteproyecto de la Reforma. Todo esto, tiene un tinte de salvaguardar al nuevo ser en todas las medidas que la norma propone.

El marco internacional no es ajeno a esto, Arauco (2021) menciona que la OMS considera que se debe dar acceso a nuevos procedimientos para atender a la infertilidad, como por ejemplo la “gestante subrogada”; mientras que la Corte Interamericana de Derechos Humanos reconoce a tutela de los derechos reproductivos (Carrión, 2019); a estos se suma el derecho a fundar una familia, a la salud reproductiva, a la vida privada y el derecho al libre desarrollo de la personalidad (Mejía, 2019). Con toda esa carga de respaldo es que se asume que el Grupo que

elaboró el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil propone su incorporación en el ámbito normativo del país, asimismo, los artículos analizados poseen como sustento los derechos aquí expuestos por los investigadores y la realidad, que ya no puede seguir oculta para todos los que tienen como ámbito de acción en su desarrollo profesional y académico.

Coleman (1982) como se citó en Vilar (2017) hace mención que la MS usa a la inseminación artificial para procrear un bebé con nexo biológico unilateral en relación a la pareja infértil, donde la mujer que gesta fue embarazada de forma no natural con los genes de un hombre que está matrimoniado con otra dama, el contrato indica que al nacer el bebé, la mujer que lo gestó, entrega a la pareja que encargó su procreación, finalizando así todo vínculo que los une y quien toma ese lugar es la mujer del hombre que aportó sus gametos. Con esto y en base a los resultados alcanzados señalamos las dos figuras: uno, cómo la maternidad subrogada se hace presente al enunciar el encargo por una pareja y la gestación por otra, luego después del nacimiento la entrega del niño a la pareja comitente y; dos, el proceso de filiación, donde el padre biológico sigue siendo el padre y que la mujer de este es la que asume el rol de madre (tanto por ser la pareja, haber dado su aceptación voluntaria por anticipado y por ser la quien encargó al bebé), con lo que el vínculo filiatorio se cierra con una madre, un padre y un hijo. En cuanto a lo referido en el Anteproyecto, se hace presente el uso de las TRHA y la gestación por encargo de otro, ambos desarrollados en su corpus.

En ese sentido, la presencia de la subrogación altruista o filantrópica y onerosa o comercial como lo exponen Vásquez y Barbosa (2021), es la figura que siempre va estar en discusión, dado que hay posiciones que señalan que solo se tiene que dar la filantrópica, porque de esta manera ayudan a que una pareja tenga su hijo e impiden negociar con los seres, su integridad y su dignidad, a ello añaden que la mujer gestante tiene que ser un familiar cercano a la pareja comitente; por otra parte se hace mención que esta práctica de reproducción puede ser onerosa, ya que la persona gestante está brindando un servicio, por lo cual tiene que ser recompensada y a su vez cuidada en todo momento, para que de esta forma el bebé y ella no sufran ningún daño. En el

Anteproyecto, este punto no está especificado, por lo que se presupone que, al hacerse la inclusión de las TRHA y la MS en la normativa, se tendrá que presentar una regulación específica en cuanto a estos puntos que estarían quedando en el tintero, de tal manera que no haya interpretaciones arbitrarias ni sesgadas, de uno u otro lado de las posturas.

Turnpenny y Ellard (2017) hacen mención a dos legislaturas, donde en Estados Unidos no se presenta una ley federal en base a la reproducción asistida, mientras que en el Reino Unido sí se regula de forma puntual con la HFEA, su legislación data de 1990 y fue ajustada en 2008, con esto se puede apreciar que hay legislaciones que se preocupan en regular y hacer el seguimiento asiduo con las TRA y hay otras que solo los regulan regionalmente y no de forma nacional; en el caso peruano de darse la actualización de la norma sería de forma nacional, dado que nuestra legislación no permite trabajar por regiones.

Krasnov (2005) citada por Amado (2021) hace mención que la filiación se enmarca básicamente en la relación genética y a ella la secunda la filiación por adopción, cabe señalar en base a los resultados que ambos están regulados en nuestra norma actual, que los presentan y les otorgan los mismos derechos a ambos hijos, ahora bien, en la segunda figura, no hay vínculo genético, pero sí legal; entonces la ley y la sociedad ya aceptaron que se puede vincular a un ser con un menor que no comparte sus mismos genes, además, para que sea evidente la adopción, el Estado hace el estudio pertinente para conceder o no esta institución, del mismo modo, los padres adoptivos, tienen que mostrar su intención, voluntad y deseo de querer tener un hijo, así como de consolidar su familia como proyecto de vida, entonces calza la inquietud, qué sustento falta para la aceptación legal de la maternidad subrogada si mucho de los requisitos que se le exige en la adopción se asemejan a quien quiere tener un hijo bajo esta figura, es más dentro de su clasificación se da la potestad que uno, hasta dos de los gametos sean de los padres biológicos y comitentes a la vez y; por otro lado, la donación de genes masculinos ya están aceptados en nuestro país y que la ovodonación también se está haciendo presente. A lo señalado por los autores, se suman dos alteraciones, los cambios sociales y el impacto biotecnológico; en cuanto a este último, están las

técnicas de reproducción humana asistida como variante en la legislación (esta se manifiesta en el artículo 7 de la Ley General de Salud), a ellas se aúna la maternidad subrogada, figura que en la práctica ya se ejecuta, sin embargo, la ley se está quedando relegada en cubrirla, permitiendo diversas formas de interpretación; y si hay una postura que plantea que la MS no se realiza en el país, cabe mencionar que casi siempre se presenta el hecho y después la norma lo regula; motivo por el cual el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil ya lo cobertura al modificar el artículo 415 actual (hijos alimentistas), por los 415 al 415-D (filiación mediante fecundación asistida, determinación de la filiación matrimonial, impugnación de paternidad, determinación de la paternidad extramatrimonial, determinación de la maternidad) donde se desarrolla básicamente el empleo de las TRA y la MS.

Ahora bien, en la maternidad subrogada existen principios, entre ellos se puede hacer alusión lo que exponen Arenas y Valladares (2019) mediante la voluntad procreacional, donde se estima que la voluntad es la libertad que posee todo ser humano de planificar su familia, deslindando la sexualidad con la reproducción y no vinculándolo como lo hace la Biología; en la práctica de las TRA la reproducción sale de un acto de voluntad, manifestación expresa, libre, individual y anticipada, donde una persona da su consentimiento para tener un bebé, por tanto asume la filiación entre ellos. Asimismo, la consolidación del proyecto familiar, está enmarcado en que uno de los pilares de los fines del matrimonio es la procreación y consolidar de esta manera el proyecto de familia, ahora existen parejas que no pueden concebir de forma natural, a ellos se dirige las técnicas de reproducción humana asistida y si a pesar de ello no pueden concebir se puede recurrir a la maternidad subrogada para poder tener el hijo tan anhelado por ellos.

Con lo presentado se concluye que en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil la maternidad subrogada es aceptada para parejas heterosexuales formales y para someterse es necesario recurrir al principio de la voluntad procreacional y la consolidación del proyecto familiar; donde la filiación le corresponde y es otorgada a aquel(la) que lo solicitó y dio su consentimiento previo, informado, libre, expresa, personal y voluntaria.

- **Objetivo específico 1**

Describir la presencia de la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma.

En el Código Civil de 1984 no existe la figura de maternidad subrogada, ni expresa ni tácita, si se hace una revisión a lo que se presenta en este marco legal se encontrará que en el Libro III, se estudia diversas figuras como el matrimonio, filiación, divorcio, patria potestad, pero en ninguno de ellos se estima a la maternidad subrogada. Sin embargo, en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil, se está abarcando en la modificación que se plantea en el artículo 415 y siguientes.

En el mismo sentido que se trata en el Código Civil peruano, Albarrello (2019), en su investigación asevera que en Colombia no existe la regulación de la maternidad subrogada y que urge normarla, dado que muchas colombianas ven en ella un medio para conseguir dinero, lo mismo ocurre en nuestra legislación, al no estar regulada genera vacíos entre la norma y la realidad y es allí donde pueden darse daños a terceros, en este caso a las peruanas y a los niños que se engendran con el uso de las técnicas de reproducción humana asistida.

La maternidad subrogada tiene otras denominaciones, tales como vientre de alquiler, la gestación subrogada o alquiler de útero, así como lo refiere Amado (2021), la misma señala que esta figura no es legal en el país con la normativa actual, sin embargo cada vez hay mayor cantidad de personas que lo practican, tanto en la nación como en el orbe; del mismo modo, en los resultados alcanzados se puede apreciar que tanto en la norma especial como en la constitucional no se encuentra la regulación de este tipo de procreación, en la misma línea, se identificó otros nombres a la MS, entre ella, se pudo enunciar al vientre de alquiler, maternidad por encargo, gestación por encargo, procreación por cuenta de otro, gestación por cuenta de otro (cabe recalcar que este último fue tomado en el artículo 415-D del Anteproyecto). Por lo tanto, lo presentado en los resultados concuerda con lo expuesto por Amado en la literatura revisada.

Por su parte Santos (2020), refiere en su investigación que esta práctica de procrear un hijo es una opción para aquellos que tienen el anhelo y deseo de ser padres; esta conclusión se asemeja a lo que encontramos en los resultados, dado que en el Anteproyecto se estima que existe la voluntad procreacional para poder recurrir a la maternidad subrogada, puesto que hay una relación directa entre el deseo de ser madre/padre con la voluntad procreacional que propone la investigadora con el estudio aquí trabajado en base al artículo 415 del Anteproyecto.

En ese mismo sentido Céspedes (2021) concluye en su investigación que el impedimento a la maternidad subrogada vulnera un derecho humano y este es el de formar una familia; en contraste a ello, en los resultados se llega a la determinación que existe el principio de la consolidación del proyecto familiar como respecto a uno de los fines de la familia y al proyecto de vida de las personas, por lo tanto el impedimento de la norma a que se lleve a cabo este tipo de maternidad estaría vulnerando ese derecho y en atención a él en el Anteproyecto de la Reforma se abarca dicho vacío legal, para poder amparar el referido derecho en los peruanos.

Ahora bien, Tejada (2019) hace mención que el artículo 7 de la Ley General de Salud aborda de forma general y superficial, además refiere que en la Constitución y el Código Civil no lo tratan, produciendo un vacío en la norma acerca de la maternidad subrogada. En ese sentido en los resultados alcanzados podemos aseverar que la omisión que presenta el CC en relación al tema de la tesis, dado que el artículo 415 refiere acerca del hijo alimentista y que recién en el Anteproyecto se aborda el tema de maternidad subrogada, esencialmente en el 415-D, para así poder auxiliar a la norma sustantiva y constitucional. En el mismo ángulo, cuando se hizo una revisión del artículo 7 de la Ley General de Salud se dio la salvedad que tanto la mujer asistida por la TRHA y la que proporciona el óvulo tienen que ser la misma, lo que no ocurre con el semen del varón, dado que se permite la donación de un tercero, lo que deja puerta abierta a interpretaciones diversas en cuanto a la equidad y voluntad de donación.

Mientras Hidalgo (2018), refiere que los contratos de subrogación materna tienen dos horizontes: oneroso y gratuito, así como lo refieren Vásquez y Barbosa (2021), donde

lo clasifican como altruista (filantrópica) y comercial (onerosa), por lo que la clasificación de ambos tienen semejanzas en su nomenclatura y su definición conceptual y práctica real, esto quiere decir que la maternidad subrogada se puede realizar de dos formas, uno: con el fin de apoyar a una pareja a tener un hijo y por el cual no se le cobra nada, por lo general pasa entre familiares y; dos: con el fin de percibir algún beneficio económico, por el servicio que se le presta a la pareja. En cuanto a la legislación nacional vigente, no regula ninguno, sin embargo, en la praxis se ejecutan ambas, por ello el Anteproyecto presenta interés en la regulación del tema de investigación. Pérez (2002) referenciado por Vilar (2017) refrenda esta posición al catalogarlo como un contrato de carácter oneroso o gratuito, produciendo tautología entre la revisión literaria, fuentes de antecedentes y los resultados alcanzados en la investigación.

En el artículo científico de Muñoz-Gómez (2021), se enuncia que los sujetos intervinientes en la MS son: la madre subrogante, los padres intencionales contratantes, los padres biológicos, el hijo nacido y Stakerholders; mientras que (MMPPE, 2015) hace referencia que en este proceso pueden intervenir hasta seis personas: la madre genética, la mujer subrogante, la que encarga, el padre genético, la pareja de la mujer subrogante y el varón que encarga; a ello Pérez (2002) referenciado por Vilar (2017) enuncia que la mujer que gesta puede donar o no sus óvulos, los que encargan –pueden aportar sus gametos o no– y también están los terceros que aportan sus genes en calidad de donación. Con los presentado por los tres se alcanza en el Anteproyecto, la figura de la mujer que gesta por cuenta de otro, los que tienen la intención de tener un hijo y los que aportan sus genes. Vale decir que, en todas las figuras, siempre ha una mujer subrogante, los que encargan al niño –con voluntad procreacional– y puede darse la figura de terceros donantes quienes intervienen en la Maternidad Subrogada, vientre de alquiler o gestación por encargo de otro; por lo tanto, se llegó en el resultado de la investigación a la intervención de personas mayores con uso y goce pleno de sus facultades para formar parte de este método de procreación humana que está en constante incremento.

En torno al grado de aporte de la mujer subrogante, Vázquez y Barbosa (2021), se puede catalogar como una subrogación total, tradicional, parcial, gestacional; todo ello en base al aporte de los gametos intervinientes, dado que ella puede aportar el óvulo y gestar, solo gestar con el óvulo de la mujer que encarga, gestar con el óvulo de una donante, y lo mismo pasa con los espermatozoides, pudiendo ser el padre biológico, el que encarga o el cedente. En los resultados alcanzados se puede estimar que estas figuras son posibles y en el Anteproyecto se hace mención a ellos en los artículos que comprenden al 415 y siguientes, en relación a lo que no menciona en la norma actual. Para este efecto, las técnicas de reproducción más empleadas son la inseminación artificial y la fecundación in vitro como lo refieren Hidalgo (2018) y Turnpenny y Ellard (2017), respectivamente. Estas prácticas se desarrollan de acuerdo a lo expuesto en el artículo 7 de la Ley General de Salud, sin embargo, como ya se hizo mención esta norma deja las puertas abiertas a varias interpretaciones que el Anteproyecto aspira a enmendar y corregir para poder tener un marco normativo de acuerdo a la realidad.

Por ello, se desarrollan teorías que favorecen y se oponen a la maternidad subrogado que postula el Anteproyecto, en la primera podemos referirnos a la autonomía de la voluntad, la disposición del propio cuerpo, la solidaridad; en la segunda, identidad del niño, incumplimiento de contrato comercialización ilegal, interés superior del niño –todos ellos enunciados por Aco (2020)–. A estas teorías, en los resultados se añaden, la voluntad procreacional, el consentimiento previo, informado, libre y expreso, personal e individual, consolidación del proyecto familiar; todos ellos intervienen en tanto en las TRHA y en la MS, por lo tanto, esa pugna hace que en la legislación nacional no se haya insertado todavía este punto, a sabiendas que en la praxis se realiza con mayor continuidad. Lo mismo ocurre en casi todos los países del orbe, a lo que Muñoz-Gómez (2021) presenta legislaciones que tienen una regulación restrictiva, permisiva absoluta y permisiva relativa; y es en este embrollo que las naciones se encuentran, mientras que en sus centros de salud se vienen practicando la figura. Por lo expuesto, es necesario tomar una postura como país y regularlo, para poder proteger y salvaguardar la vida e integridad de nuestros compatriotas.

En base a lo disertado se concluye que la maternidad subrogada no tiene presencia en el Código Civil peruano vigente, sin embargo, en el Anteproyecto de la Reforma de la norma sí se presenta en la modificación del 415 por los artículos 415, 415-A, 415-C y 415-D, sobretodo en este último –incisos 2, 3 y 4– al hacer uso expreso de la “gestación por cuenta de otro”, la voluntad procreacional, material genético proveniente de otra mujer o pareja.

- **Objetivo específico 2**

Describir la presencia de la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma.

El vínculo de filiación se establece entre padres e hijos y con ello aparecen derechos y obligaciones en ambas direcciones (Pérez, 2010), sin embargo, este vínculo no solo los relaciona a ellos, sino que se amplía con los otros familiares tanto de la madre como del padre –abuelos, hermano, tíos, primos– (Amado, 2021); es por este punto que se necesita regular el vínculo filiatorio en la maternidad subrogada, puesto que se urge establecer quiénes serán los directos responsables del menor –ya que la legislación, actual presenta falencias que en gran medida lo está contrarrestando el Anteproyecto– y le puedan otorgar la seguridad de una familia, un vínculo interdependiente donde se logre desarrollar libre y feliz, sin vicios ni desapegos a la realidad latente en nuestra sociedad. La legislación actual, resguarda la carga biológica que muchas veces hace caso omiso a la intención y el deseo procreacional, razón por la cual hay una gran cantidad de niños no reconocidos y abandonados –no se presente apuntar con esto que la MS solucionará este problema–; a contrapropuesta, el Anteproyecto abre la posibilidad que las parejas que desean tener un niño, lo planifiquen y le den el amparo de madre-padre e hijo y que pueda ser aceptado por todo el entorno familiar de ambos padres.

Baldessari (2017). En su investigación concluye que la filiación con las TRHA ya no sigue el patrón genético ni biológico (o al menos del padre), donde precisa la excepción con la madre, dado que la vincula con el parto como mecanismo de

filiación; En el Anteproyecto se hace referencia a este hecho, puesto que el 415-D señala que el parto es el que establece el vínculo materno-filial con el niño, lo mismo ocurre en el Código Civil de 1984, a ello con el ingreso de la maternidad subrogada aparece la postura de la voluntad procreacional y la expresión de esta de forma expresa, individual, libre, voluntaria y anticipada –como se hace mención en los resultados–, además lo plantea el Anteproyecto, por ello se considerarán padres a aquellos que encargan el niños con las condiciones antes expuestas y se deja de lado al vínculo biológico que se puede establecer con el padre o madre genético, y se asume como tal, aquellos que encomendaron su procreación –aportando o no sus gametos–.

Solano (2021), refiere que la filiación tiene que ver directamente con el principio del interés superior del niño y la carga biológica que tiene que primar, en concordancia con el derecho a la dignidad e identidad, en el mismo sentido Del Águila (2018) direcciona la filiación en relación al interés superior del niño. En relación a ello, se asemeja el artículo 7 de la Ley General de Salud, puesto que regula que la tanto la madre gestante como la que encarga tiene que ser la misma, en ese sentido se vincula también con el Código Civil actual, en relación a la filiación con la madre; sin embargo, se sabe y se tiene conocimiento sobre la donación de gametos masculinos, los mismos que pueden llegar a ser terceros incógnitos, así como de la ovodonación que hacen ya una distancia de la madre gestante con la biológica, es aquí que llegan a complicarse los escenarios posibles en la legislación presente, más aun con la MS en expansión. Entonces, las interrogantes salen a luz, en relación al vínculo biológico, el interés superior del niño, la voluntad procreacional, la aceptación expresa y por anticipado y la solidaridad humana; cabe entonces, la supuesta hipótesis “no se catalogaría protección del interés superior del niño cuando este viva y se desarrolle en una familia que lo deseó y que tiene toda la intención de darle una vida digna por encima de su vínculo biológico que muchas veces lo ignoran y hasta lo niegan en aceptar su vínculo filiatorio”.

Molina (2019) hace hincapié a los tipos de filiación reguladas en la legislación vigente: la matrimonial y la extramatrimonial, y da la mención que en cuanto a la

maternidad subrogada no está regulada la filiación y anota que urge hacerlo en el acápite filiatorio; los resultados coinciden con ello, puesto que con la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida, se abrió un abanico de posibilidades y la ausencia de la regulación, genera confusión, abuso de ciertos sectores en su interpretación y prácticas hasta inhumanas a los que se aproximan la MS y no llegan a cumplir el contrato interno que tienen, por todo ello, la figura filiatoria viene desgastándose más y urge que se regule para amparar a los sujetos intervinientes y en especial al menor que está en medio de todo, así como lo viene presentando el Anteproyecto de la Reforma.

Villareal (2017) en su investigación presenta a la MS heteróloga y concluye que el vínculo filiatorio no obedece a la carga biológica o genética de los que aportaron sus gametos y el niño, sino que se direcciona a la voluntad procreacional, siguiendo la autorresponsabilidad que asumieron los que encargaron al bebé, dado que estos tienen el compromiso de afrontar las necesidades y están en la capacidad de darle una familia, así como tratarlo en las mismas condiciones a los otros hijos que pudieran haber, por ello el vínculo filiatorio se establece entre el niño y los que lo encargaron; además, se infiere que la MS no vulnera la identidad y el desarrollo de la personalidad. Dentro de la investigación, se hace mención a la maternidad subrogada heteróloga, donde intervienen gametos de terceros, así como lo anota Amado (2021), Varsi (2017) y el GTRMVCV (2019). Por ello, haciendo una revisión se cree el carácter filiatorio se otorga a aquellos que solicitaron la procreación del niño, en relación a la voluntad procreacional y la consolidación del proyecto familiar, y en estricto respeto a las condiciones que se impongan por la legislación –una vez atendida a la modificación pertinente–.

Molina (2019) en base a los estudios realizados precisa que la filiación presenta características tales como: única, construcción cultural-social, vínculo jurídico, unitaria, orden público, inextinguible e imprescindible, y estado civil; entre todas ellas se han mencionado tanto a la legislación actual como a lo planteado en el Anteproyecto, con la distinción subrayada en el peso biológico y su contrapeso voluntad procreacional; si estos arriban a un consenso sería que ambos quieren

proteger al menor en todos sus extremos y este no se vea afectado ni vulnerado, a ello se puede incluir la condicionante aceptación expresa, voluntaria, personal, anticipada e informada para que de esta manera no se ignore y se haga cuenta vaga sobre las responsabilidades que trae consigo la relación de filiación entre una persona y sus padres.

Pérez (2010) denota que la filiación se tipifica en legítima, natural, a lo que Santos (2020) añade por adopción y Amado (2021), social. Lo que los asemeja a ellos es que no hacen distinción en derechos y obligaciones ente padre e hijos. Sin embargo, es necesario apuntar que la filiación social tiene relación directa con las TRHA y la maternidad subrogada, dado que las otras tres ya están reguladas en la norma vigente y tiene su tratativa establecida, sin embargo, es esta última, materia de análisis y propuesta del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil para incluirlos, porque en la praxis existe.

La voluntad y el afecto hacen que el uso de las técnicas de reproducción humana asistida y la presencia de la maternidad subrogada generen la filiación social (socio afectiva), en amparo al deseo de todo hombre a ser padre o madre, al uso de su libertad y la búsqueda de su felicidad, su autodeterminación, igualdad, la no discriminación y el pluralismo (Amado, 2021); por lo tanto, el uso de estas técnicas, la presencia de terceros inclinan a que se establezca la relación filial del niño con el varón y mujer que de forma consiente y voluntaria recurren a la práctica de ellos para efecto de la procreación (Varsi, 2017); por lo tanto, se logra la participación de buena fe de los sujetos intervinientes.

Con lo expuesto se concluye que la filiación en la maternidad subrogada no tiene presencia en el Código Civil peruano vigente, pero sí se presenta en el Anteproyecto de la Reforma de la norma en la modificación del 415 por los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D haciendo alusión a la Filiación mediante fecundación asistida, determinación de la filiación matrimonial, impugnación de paternidad, determinación de la paternidad extramatrimonial y determinación de la maternidad, respectivamente.

- **Objetivo específico 3**

Identificar cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú.

Avalos (2017) refiere que la maternidad subrogada está permitida en algunos países, sin embargo, presentan cláusulas para que se puedan acudir tanto como parejas comitentes como para la mujer que alquila su vientre, entre ellos se puede señalar que esta última tiene que ser familiar de la pareja y que se haga por una razón altruista. A ello, Jiménez (2019) menciona en su investigación que se tiene que presentar una regulación donde se ofrezca seguridad jurídica tanto a la gestante como a la comitente y que beneficie al menor, puesto que la inseguridad actual genera conflictos que dañan al niño. En torno a ellos, en los resultados se alcanzan ver los requisitos indispensables, tales como el consentimiento previo, libre, informado, expreso, individual y personal; la voluntad procreacional, así mismo que la petición sea dada por una pareja con vínculo matrimonial o unión de hecho, relación heterosexual y que presenten dificultades para poder procrear de forma natural; del mismo modo, en base a la mujer gestante, gozar de sus plenas facultades física, de salud y mental para poder recurrir a la maternidad subrogada. En base a lo señalado por los investigadores y los resultados alcanzado se puede inferir que no solo es aceptar la práctica de la maternidad subrogada, sino que es necesario presentar de forma específica las condiciones para su ejercicio; este es un punto que el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil no regula, sin embargo, de forma amplia lo expone –sería necesario una norma complementaria en la materia–, a salvedad de ello, es que la norma actual no lo prevé.

Salinas (2019) concluye que en la maternidad subrogada es requisito tener como padres comitentes, al menos a uno de ellos, con nexos genéticos (comprobado por ADN); ahora bien, en cuanto al nexo materno se presentan 3 opciones: verdad genética, interés superior del niño y, deseo de ser madre; por lo tanto, podrá ser madre biológica si aportó sus genes, madre sicoafectiva o social si no otorgó sus genes. Con lo expuesto por Salinas y lo trabajado en los resultados nos da la opción a que la maternidad subrogada y el proceso de filiación son factibles, dado que se da la opción

de que exista una mujer que geste por cuenta de otros, con la única condición que el material genético sea cuanto menos de uno de los padres comitentes, a ello se acerca la figura de los terceros cedentes expuestos en los artículos que modifican al actual 415 del Código Civil, a lo que se añade la voluntad procreacional de las personas o como lo enuncia Salinas (2019) la psicoafectividad/social.

Delgado (2019), tiene una postura en la se centra al referir que la maternidad subrogada no es un contrato, por más que manifestación de la voluntad libre y consiente, sino que prima las normas vigentes, las buenas costumbres y el orden público; a ello, en el resultado se alcanza que se tiene que recurrir a ello no con fin del lucro abusivo, ni como práctica comercial recurrente, de uno o de otro participante (mujer gestante por cuenta de otro o pareja comitente), sino que se da por solidaridad humana, voluntad procreacional y cumplimiento del proyecto familiar; de esta forma no se estaría recurriendo a atentar contra las buenas costumbres, ni el orden público y el interés superior del niño tendría razón en la gran medida que los padres comitentes le den calidad y afecto en su familia.

Tevez (2021) hace alusión que la maternidad subrogada en la doctrina se ampara en el derecho a la reproducción y promoción familiar, para ello estima que hay tres vertientes en el mundo: de aquellos que lo prohíben en su totalidad, aquellos que presentan ciertas restricciones (como fin altruista, por ejemplo) y los que dan plena libertad de proceder. En cuanto a la atención de la reproducción humana y la promoción familiar son vehículos que abordan de buena faz a la maternidad subrogada, lo que en la tesis se llega a plantear como la consolidación del proyecto familiar y la intención de ser padres, esto cabe resaltar que no debe mellar la moral, ni las buenas costumbres, ni lesionar la dignidad del bebé y para ello el Estado tiene facultad de actuar (Visconde, 2019).

La voluntad procreacional (Arenas y Valladares, 2019) proponen que la voluntad es la libertad de todo hombre para planificar su familia y existe una diferencia entre la sexualidad y la reproducción; puesto que la voluntad de procrear tiene un fin más a la consolidación como ser humano y como pareja, a ello el uso de las técnicas de reproducción humana asistida (fecundación in vitro o inseminación artificial,

esencialmente) vincula filiatoriamente al nuevo ser con aquel que dio su aceptación expresa y voluntaria por anticipado. Por su parte el principio biológico Varsi (2017) como se citó en Amado (2021), la filiación se basa en el vínculo genético desplazando en importancia a la filiación social, puesto que hoy, en la legislación predomina el aspecto genético. Sin embargo, con el principio de la consolidación del proyecto familiar, se puede incluir tanto para reproducción como para el vínculo filiatorio al aspecto social o sicoafectivo, dado que las parejas pueden acudir a las TRHA y maternidad subrogada para poder alcanzar este fin. En todo ello, se requiere de lo ya expuesto en cuanto a los medios, requisitos, condiciones y facultades para poder acudir a su práctica y el respeto miso de la dignidad humana y la protección ulterior de los niños.

Con lo expresado se concluye que las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú en base a lo estimados en el Código Civil y su Anteproyecto de la Reforma sería ser una pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o unión de hecho, tener un certificado médico especializado donde se indique que la mujer no puede llevar el embarazo –por reproducción biológica natural o por TRHA– y dar el consentimiento expreso, libre, informado, previo, individual, personal y de fecha cierta para encargar la procreación del nuevo ser.

PROPUESTA DE MEJORA

- **En cuanto al inciso 3 del artículo 415-C del Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano:**

Dice:

Artículo 415–C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial

3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo **415-B** (resaltado y subrayado nuestro).

Debe decir:

Artículo 415–C.- Determinación de la paternidad extramatrimonial

3. En la reproducción médicamente asistida post mortem con material genético de quien convivía con la madre, el hijo se presume de aquel siempre que concurra lo establecido en el numeral 3 del artículo **415-A** (resaltado y subrayado nuestro).

- **En cuanto a la especificación de maternidad subrogada (gestación por cuenta de otro):**

Si bien en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil se hace alusión y referencia a la gestación por cuenta de otro (maternidad subrogada) y las Técnicas por Reproducción Humana Asistida (TRA, TRHA o TERMA), y en razón a esta la relación filiar materna-paterna; es necesario hacer precisiones en base a las innovaciones tecno-biológicas, doctrinales y normativa para que no haya interpretaciones que se puedan alejar del espíritu de la iniciativa del Grupo y del Código Civil; entre ellas se hace alusión a lo siguiente:

Quiénes pueden solicitar la maternidad subrogada: para que haya correlación con lo estimado en el Código Civil y los artículos no propuestos de modificación o eliminación en el Anteproyecto de la Reforma, sería factible establecer que pueden recurrir a la maternidad subrogada (como pareja que encarga) los que cumplen los requisitos:

- Ser una pareja vinculada por el matrimonio o unión de hecho registrado.
- Ser una pareja heterosexual.

- Tener un certificado médico especializado donde se indique que la mujer no puede llevar un embarazo exitoso, ya sea por reproducción biológica natural o por técnica de reproducción asistida.
- Dar el consentimiento expreso, libre, informado, previo, individual, personal y de fecha cierta para encargar la procreación del bebé.

Para la mujer subrogante:

- Ser mujer mayor de edad en pleno goce de sus derechos.
- Tener un certificado médico especializado donde se indique que no tiene problemas de salud de ningún tipo.
- Dar el consentimiento expreso libre, informado, previo, individual, personal y de fecha cierta para ser la mujer subrogante.

Qué personas pueden intervenir en el proceso de maternidad subrogada: dentro del proceso de la maternidad subrogada pueden participar llegar a participar las siguientes personas:

- La mujer de la pareja que encarga la procreación.
- El marido de la pareja de que encarga la procreación.
- La mujer que subrogará su vientre (mujer o madre subrogante).
- El varón que dona sus genes (espermatozoide).
- La mujer que dona sus genes (óvulo).
- La pareja de la mujer que subroga su vientre (si lo hubiera).

Ahora bien, la mujer subrogante, también puede ser la que dona el óvulo; la pareja de la mujer subrogante, también puede ser el donante del espermatozoide; y en la figura, más perfecta sería que los genes le correspondan a la pareja que encarga la procreación (se entiende que en muchos casos no ocurre).

Aunado a las personas que participan en el proceso de subrogación también están aquellos que lo llevan a cabo, y ellos son:

- **Stakeholders prestadores del servicio y su personal médico:** Son las personas jurídicas, públicas y/o privadas, involucradas en la práctica de las TRHA y son el actor que asegura la disponibilidad de las condiciones técnicas (infraestructura y capital humano) para hacer las veces de facilitador, intermediario, ejecutor, promotor, etcétera. El personal médico son aquellos profesionales del servicio sanitario miembros del *stakeholders* prestadores

del servicio, encargados de asegurar el recurso humano para la ejecución de la MS (Muñoz-Gómez, 2021, p. 66).

- **El estudio jurídico y la notaría:** siendo los primeros los que pueden conducir, orientar el ámbito legal; y el segundo, quien da la fiabilidad y validez del acuerdo de subrogación.

Principios para que una pareja recurra a la maternidad subrogante: en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil se hace mención del Principio de la Voluntad procreacional (415-D, inc. 3), a la que tiene que añadirse el Principio de la Consolidación del Proyecto Familiar, para que de esta forma esté de acorde con lo que se estipula en el Código Civil. Por lo tanto, el trabajo dicotómico de los principios: voluntad procreacional y consolidación del proyecto familiar son fundamentales para que una pareja pueda solicitar la maternidad subrogada y así procrear su hijo.

- **Relación Filial:** La relación filial del menor con el padre y la madre en la maternidad subrogada se establece únicamente por la mujer y el varón (pareja) que encargaron la procreación recurriendo a los principios de Voluntad Procreacional y Consolidación del Proyecto Familiar. Excluyendo de toda responsabilidad a los otros sujetos intervinientes (mujer subrogante, pareja de esta –si lo hubiera– y terceros donantes); así como a los profesionales y técnicos que participan en el proceso.

CONCLUSIONES

1. En el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil la maternidad subrogada es aceptada para parejas heterosexuales formales y para someterse es necesario recurrir al principio de la voluntad procreacional y la consolidación del proyecto familiar; donde la filiación le corresponde y es otorgada a aquel(la) que lo solicitó y dio su consentimiento previo, informado, libre, expresa, personal y voluntaria.
2. La maternidad subrogada no tiene presencia en el Código Civil peruano vigente, sin embargo, en el Anteproyecto de la Reforma de la norma sí se presenta en la modificación del 415 por los artículos 415, 415-A, 415-C y 415-D, sobretodo en este último –incisos 2, 3 y 4– al hacer uso expreso de la “gestación por cuenta de otro”, la voluntad procreacional, material genético proveniente de otra mujer o pareja.
3. La filiación en la maternidad subrogada no tiene presencia en el Código Civil peruano vigente, pero sí se presenta en el Anteproyecto de la Reforma de la norma en la modificación del 415 por los artículos 415, 415-A, 415-B, 415-C y 415-D haciendo alusión a la Filiación mediante fecundación asistida, determinación de la filiación matrimonial, impugnación de paternidad, determinación de la paternidad extramatrimonial y determinación de la maternidad, respectivamente.
4. Las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú en base a lo estimados en el Código Civil y su Anteproyecto de la Reforma sería ser una pareja heterosexual vinculada por el matrimonio o unión de hecho, tener un certificado médico especializado donde se indique que la mujer no puede llevar el embarazo –por reproducción biológica natural o por TRHA– y dar el consentimiento expreso, libre, informado, previo, individual, personal y de fecha cierta para encargar la procreación del nuevo ser.

RECOMENDACIONES

- Que el MINJUSDH desarrolle los mecanismos necesarios para que el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil se materialice y así tengamos una norma sustantiva que regula la maternidad subrogada y el proceso de filiación en el Perú.
- Que la comunidad académica pueda impulsar la inserción de la maternidad subrogada dentro del Código Civil peruano, así como lo estima su Anteproyecto de la Reforma, de tal manera que la praxis que se está ejecutando en la realidad tenga los mecanismos legales para proteger a los involucrados en el proceso, para ello pueden tomar como guía los resultados aquí arribados, así como generar con ellos nuevas investigaciones en cuanto al tema.
- Que los legisladores tomen la debida importancia a la filiación en la maternidad subrogada y puedan de esta manera añadir en el Código Civil peruano, así como lo presenta su Anteproyecto de la Reforma, ya que si no se hace efectivo además de lo analizado en los resultados de la investigación no se estaría protegiendo a los padres que encargan la procreación, las mujeres subrogantes y sobre todo al menor en relación al interés superior.
- Informar y enseñar a la sociedad civil acerca de las condiciones para que así puedan acceder de manera proba y responsable a la maternidad subrogada y la filiación que esta provoca, para ello es importante publicar los resultados aquí conseguidos y provocando lo helicoidal de los métodos empleados.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Aco, C. (2020). *Regulación de la Maternidad Subrogada y Protección al Proyecto de Vida en Mujeres Infértiles*. [Tesis, Universidad Tecnológica del Perú]. Disponible en: https://repositorio.utp.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12867/3587/Carmen%20Aco_Tesis_Titulo%20Profesional_2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Albarello, C. (2019). *La Maternidad Subrogada*. [Tesis, Universidad Cooperativa de Colombia]. Disponible en: https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/16523/6/2019_maternidad_sur_brogada.pdf
- Álvarez, G. (2002). *Metodología de la investigación jurídica*. Santiago: Impresión Digital Danka Universidad Central de Chile.
- Álvarez, S. y Cortés, J. (2020). *La tesis de investigación en Derecho*. México: Editorial Amat.
- Amado, E. DP. (2021). *Derecho de Familia. Doctrina – jurisprudencia – modelos*. Grupo editorial Jurídica Legales Perú E.I.R.L.
- Arauco, J. R. (2021). *Implementación del Embarazo Subrogado en el Perú*. [Tesis, Universidad de Huánuco]. Disponible en: <http://repositorio.udh.edu.pe/bitstream/handle/123456789/2918/ARAUCO%20INGUNZA%2C%20JESSICA%20ROSARIO.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Arenas, J. y Valladares, N. (2019). *Análisis del problema jurídico suscitado a propósito de la doble maternidad*. [Memorias: Universidad de Chile].
- Arias, F. (2012). *El proyecto de Investigación. Introducción a la metodología científica*. (6° ed.). Editorial Episteme.
- Avalos, C. (2017). *La Maternidad Subrogada y el Interés Superior del Niño* [Tesis, Universidad Técnica de Ambato]. Disponible en: <https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/25318/1/FJCS-DE-1007.pdf>
- Baldessari, M. E. (2017). *Filiación por técnicas de reproducción humana asistida en el Nuevo Código Civil y Comercial de la República Argentina y los derechos de los hijos así concebidos* [Tesis de Maestría, Universidad de Navarra]. Disponible en:

https://dadun.unav.edu/bitstream/10171/54595/1/2016_17%20BALDESSAR%2C%20Mar%C3%ADa%20Eugenia.pdf

Bernal, C. A. (2006). *Metodología de la Investigación*. 2º ed. Pearson Educación de México, S.A. de C.V.

Bustamante, D. M. (S.F.). *El Diseño de la Investigación Jurídica*.

Carrión, R. A. (2019). *Aspectos Contractuales de la Maternidad Subrogada y su Aplicación en el Perú* [Tesis, Universidad Particular de Chiclayo]. Disponible en: http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/264/1/T044_41514627_B.pdf

Castillo, M. (2020). *Tentaciones académicas 2. Análisis del Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Biblioteca de Arbitraje del Estudio Mario Castillo Freyre. Volumen 75. F.M. Servicios Gráficos S.A.

Céspedes, S. N. (2021). *Impedimento de la Maternidad Subrogada y la Vulneración al Derecho Humano de Formar una Familia en los Ciudadanos de Perú* [Tesis, Universidad Señor de Sipán]. Disponible en: <https://repositorio.uss.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12802/8018/C%c3%a9spedes%20Guillermo%20Sheyla%20N%c3%a9lida%20del%20Milagro.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Céspedes, P. y Correa, E. (2021). *Reproducción asistida en Chile: una mirada global para el desafío de ofrecer un acceso oportuno*. Rev. Med. Clin. Condes 2021; 32(2): 189-195. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-revista-medica-clinica-las-condes-202-pdf-S0716864021000237>

Código Civil de 1984. Perú.

Código Civil de 2000. Chile.

Cortés, J. y Álvarez, S. (2017). *Manual de redacción de tesis jurídicas*. México: Editorial Amat.

Del Aguila, R. G. (2018). *La Regulación de la Maternidad Subrogada en la Legislación Civil Peruana* [Tesis, Universidad Autónoma del Perú]. Disponible en: <http://repositorio.autonoma.edu.pe/bitstream/AUTONOMA/838/1/Del%20Aguila%20Perales%2C%20Rosa%20Gardelia.pdf>

- Delgado, A. S. (2019). *Análisis de la Maternidad Subrogada Desde el Derecho Civil y Derecho Constitucional* [Tesis, Universidad de Piura]. Disponible en: https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/4247/DER_156.pdf
- Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984 (GTRMVCV). (2019) *Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano*. Disponible en: https://www.academia.edu/40168085/Anteproyecto_de_Reforma_del_C%C3%B3digo_Civil_Peruano
- Hidalgo, S. L. (2018). *La Maternidad Subrogada y Afectación a la Teoría General de la Contratación Contendida en el Código Civil Peruano* [Tesis, Universidad Nacional Santiago Antúnez de Mayolo]. Disponible en: http://repositorio.unasam.edu.pe/bitstream/handle/UNASAM/2733/T033_2046707672_T.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Hinostroza Y. S. (2020). *Regulación contractual de la figura de maternidad subrogada en el Código Civil*. [Tesis de maestría, Universidad Peruana Los Andes]. Disponible en: https://repositorio.upla.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12848/1746/T037_41902471_M.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Huamancaja, M. (2017). *Fundamentos de investigación científica en la elaboración de tesis*. Inversiones Dalagraphic E.I.R.L
- Jiménez, A. C. (2019). *Maternidad Subrogada, Propuesta de Reforma al Apartado 4.177 Bis del Código civil del Estado de México* [Tesis, Universidad Autónoma del Estado de México]. Disponible en: <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>
- Ley N° 26842 – Ley General de Salud. Perú.
- Lima, P. (2019). *Análisis de Posibles Afectaciones al Interés Superior del Menor en Supuestos de Maternidad Subrogada en el Perú 2019* [Tesis, Universidad Andina del Cusco]. Disponible en: https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4099/Paulino_Tesis_bachiller_2019.pdf?sequence=1&isAllowed=y

- McInnes R. R., Nussbaum R. L. y Willard H. F. (2016). *Thompson y Thompson. Genética en Medicina*. (8° ed.). DRK Ediciones. España, ELSEVIER
- Mejía, L. K. (2019). *La positivización de la Gestación Subrogada en el Perú* [Tesis, Universidad Nacional de Cajamarca]. Disponible en: <https://repositorio.unc.edu.pe/bitstream/handle/UNC/3498/MONOGRAFIA%20GESTACION%20SUBROGADA%20%281%29.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Molina, N. R. (2019). *La filiación en la maternidad subrogada como técnica de reproducción humana asistida y su necesaria regulación en el Perú* [Tesis, Universidad Particular de Chiclayo]. Disponible en: http://repositorio.udch.edu.pe/bitstream/UDCH/515/1/T044_43988964_T.pdf
- Mujer, Madre y Profesional de profesionales por la Ética (MMPPE). (2015). *Vientres de alquiler. Maternidad Subrogada. Una nueva forma de explotación de la mujer y de tráfico de personas*. Sin editorial.
- Muñoz-Gómez, D. (2021). *Barreras en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia*. Rev. Bio y Der. 2021; 52: 61-83. Disponible en: <https://www.scopus.com/record/display.uri?eid=2-s2.0-85110281416&origin=resultslist&sort=plf-f&src=s&st1=maternidad+subrogada&sid=504558cb33068f1a28921850452302cb&sot=b&sdt=b&sl=35&s=TITLE-ABS-KEY%28maternidad+subrogada%29&relpos=1&citeCnt=0&searchTerm>
- Niño, V. (2011). *Metodología de la investigación*. Bogotá: Ediciones de la U.
- Parado, N. (2019). *Análisis del Contrato de Alquiler de Vientre en la Legislación Colombiana* [Tesis, Universidad Cooperativa De Colombia]. Disponible en: https://repository.ucc.edu.co/bitstream/20.500.12494/15600/2/2019_analisi_contrato_alquiler.pdf
- Pérez, M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Nostra Ediciones S.A. de C.V. R.M. n° 0300-2016-JUS. Anteproyecto de Reforma del Código Civil peruano. 17 de octubre de 2016 y publicado en marzo de 2019.
- Ramirez, 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]. Disponible en:
<https://repositorio.unh.edu.pe/bitstream/handle/UNH/3190/TESIS-2019-POSGRADO-DERECHO-RAMIREZ%20JARA%20DE%20LINARES.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Rodríguez, M. (2016). *El Interés Superior del Menor y la Maternidad Subrogada en el Sistema Jurídico Mexicano* [Tesis de Maestría, Universidad Juárez Autónoma de Tabasco]. Disponible en:
<http://ri.ujat.mx/bitstream/20.500.12107/3352/1/TESIS%20MARGARITA%20DEL%20CARMEN%20RODR%c3%8dgUEZ%20COLLADO.pdf>
- Rojas, R. G. (2020). *Incorporación Legal de la Maternidad Subrogada, para Garantizar la Consolidación de la Institución Familiar en el Perú* [Tesis, Universidad César Vallejo]. Disponible en:
https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/42606/Rojas_GRG.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Salazar, G. P. (2018). *La filiación y la maternidad subrogada* [Tesis, Universidad Técnica de Ambato]. Disponible en:
<https://repositorio.uta.edu.ec/bitstream/123456789/28224/1/FJCS-DE-1077.pdf>
- Salinas, R. P. (2019). *Análisis de los criterios para determinar la filiación jurídica en casos de maternidad subrogada, en resguardo de la identidad e interés superior del niño* [Tesis, Universidad Católica San Pablo]. Disponible en:
https://repositorio.ucsp.edu.pe/bitstream/UCSP/16007/1/SALINAS_CUADROS_ROS_SUB.pdf
- Santos, Y. D. (2020). *Lineamientos para Establecer la Filiación de un Menor Nacido por Embarazo Subrogado en el Perú* [Tesis de Maestría, Universidad Andina del Cusco]. Disponible en:
https://repositorio.uandina.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12557/4034/Ysabel_Tesis_maestro_2021.pdf?sequence=3&isAllowed=y
- Solano, J. K. (2021). *Necesidad de incorporar la Filiación Biológica del recién nacido por Maternidad Subrogada en el Código Civil* [Tesis, Universidad César Vallejo]. Disponible en:

https://repositorio.ucv.edu.pe/bitstream/handle/20.500.12692/65778/Solano_AJK-SD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Tejada, J. M. (2019). *Análisis Jurídico de la Maternidad Subrogada Dentro de Nuestro Ordenamiento Legal Peruano* [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Santa María]. Disponible en:

<http://tesis.ucsm.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/UCSM/9033/91.1899.MG.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Teves, Y. Y. (2021). *Fundamentos para Regular la Maternidad Subrogada en la Legislación Peruana a Partir de los Aportes de la Doctrina, Jurisprudencia y Derecho Comparado* [Tesis, Universidad Nacional del Altiplano de Puno]. Disponible en:

http://repositorio.unap.edu.pe/bitstream/handle/UNAP/15570/Teves_Zenteno_Yanethe_Yasmina.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Torres, M. A. (2018). *Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada* [Tesis doctoral, Universidad Autónoma de Madrid]. Disponible en:

https://repositorio.uam.es/bitstream/handle/10486/686545/torres_quiroga_miguel_a_ngel.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Turnpenny, P. D. y Ellard S. Emery. (2017). *Elementos de Genética Médica*. (15° ed.). Gea Consultoría Editorial S. L.

Universidad de Jaén (14 de noviembre de 2021). *Diseño documental*. Disponible desde:

http://www.ujaen.es/investigacion/tics_tfg/dise_documental.html

Varsi, E. (2017). *Determinación de la filiación en la procreación asistida*. Rev. IUS. 2017; 11. 39. Disponible en:

http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006

Vásquez, G. M. y Barbosa, D. J. (2021). *Regulación del contrato de vientre de alquiler (vientre subrogado) y el derecho a la dignidad de la que alquila el vientre* [Tesis, Universidad Privada Antonio Guillermo Urreola]. Disponible en:

<http://repositorio.upagu.edu.pe/bitstream/handle/UPAGU/1678/TESIS%20V%c3%a1squez%20-%20Barboza.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Veliz, R. A. (2019). *Implicancias de los Contratos de Maternidad Subrogada Sobre el Derecho Fundamental a la Identidad del Concebido por la Técnica de Reproducción*

- Asistida de Maternidad Subrogada* [Tesis de Maestría, Universidad Católica de Santa María]. Disponible en: <https://core.ac.uk/download/pdf/270114475.pdf>
- Vilar, S. (2017). *Gestión por sustitución en España. Un estudio con apoyo en el derecho comparado y especial referencia a California (EEUU) y Portugal* [Tesis doctoral, Universidad Jaume I de Castellón de la Plana] Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/454675/2017_Tesis_Vilar%20Gonzalez_Silvia_.pdf?sequence=1
- Villabella, C. M. (2009). *Los métodos en la investigación jurídica. Algunas precisiones. de La Metodología de la Investigación y la comunicación jurídica*. Puebla: Universidad Autónoma de Puebla y el Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla.
- Villareal, Z. J. D. (2017). *La determinación de la filiación biológica, en la maternidad subrogada, en su variante heteróloga* [Tesis, Universidad Nacional de Piura]. Disponible en: <https://repositorio.unp.edu.pe/bitstream/handle/UNP/1332/DER-VIL-COR-17.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- Visconde, A. C. (2019). *Adopción por Excepción como Mecanismo Defraudador de la Ley en Casos de Maternidad Subrogada: Implicancias y recomendación* [Tesis, Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo]. Disponible en: https://tesis.usat.edu.pe/bitstream/20.500.12423/2518/1/TL_ViscondeColichonAna.pdf
- Viteri, M. F. (2019). *Problemas Jurídicos Derivados de la Maternidad Subrogada en el Ecuador*. [Tesis de Maestría, Universidad Andina Simón Bolívar]. Disponible en: <https://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6907/1/T2981-MDC-Viteri-Problemas.pdf>

ANEXOS

ANEXO N° 01

Matriz de consistencia

La maternidad subrogada y filiación en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano

PROBLEMA	OBJETIVO	VARIABLE	METODOLOGÍA
<p>Problema general: ¿De qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS?</p> <p>Problemas específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • ¿Cómo se presenta la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma? • ¿Cómo se presenta la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma? • ¿Cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú? 	<p>Objetivo general: Explicar de qué manera la maternidad subrogada y filiación se presentan en el Anteproyecto de la Reforma del Código Civil peruano según la R.M. n° 0300-2016-JUS.</p> <p>Objetivos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Describir la presencia de la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma. • Describir la presencia de la filiación en la maternidad subrogada en el Código Civil peruano en relación a su Anteproyecto de la Reforma. • Identificar cuáles serían las condiciones para recurrir a la maternidad subrogada y filiación en el Perú. 	<p>Variable uno: Maternidad Subrogada</p> <p>Variable dos: Filiación</p>	<p>Tipo de estudio: Básico-descriptivo</p> <p>Nivel de estudio: Descriptivo</p> <p>Diseño de estudio: Investigación documental</p> <p>Método general: Científico</p> <p>Métodos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Método análisis-síntesis • Método exegético • Método comparado • Método dogmático • Método hermenéutico <p>Técnicas e instrumentos de recolección de datos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Análisis de documentos • Guía de análisis documental

ANEXO N° 02
INSTRUMENTOS

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:	La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano
INVESTIGADOR:	CASTRO PEREZ, Luis Alvaro
TÍTULO DEL TEXTO	Barreras en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia
AUTOR	MUNOZ-GOMEZ, Diana Sthefania
AÑO DE PUBLICACION	2021

Recomendaciones para la aplicación del Análisis Documental

Para el análisis de los documentos, serán revisados tanto en el aspecto formal como en el temático:

CATEGORÍA		CLASIFICACIÓN	
Procedencia	Artículo de revista	X	Revista indexada
			Revista no indexada
		X	De revisión
			Editorial
			Reporte de caso
	Libro		Completo
			Capítulo de libro
	Tesis – Trabajo de Grado		Pregrado
			Maestría
			Doctorado
			Nacional
			Internacional
	Norma		Constitución
			Norma sustantiva
			Norma adjetiva
		Proyección	
		Reglamento	

CITAS/PARAFRASEOS

Las barreras externas son aquellas que existen de por sí y no asocian al contexto –raza, sexto, cultura–, entre ellas se puede indicar que la mujer subrogante está en condición inferior a la pareja comitente, ya sea por el idioma, la factibilidad de comunicación y la intención negociadora; mientras que las barreras internas son las que aparecen por la presencia de los *stakeholders*, quienes presentan la mínima intención de generar vínculo, apego o desarrollo de emociones que con el tiempo se puede manifestar en dificultades.

(p. 71)

Barreras de la subrogación

- Entre la madre subrogante y el niño
- Entre la madre subrogante y los padres comitentes
- Entre el personal médico que atiende el parto y los padres intencionales
- Entre el personal asistencial que atiende a los niños con la madre subrogante
- Entre el personal asistencial que atiende a los niños con los padres comitentes

(Pp. 71-72)

Sujetos o personas intervinientes

- Madre subrogante
- Padres intencionales contratantes
- Padres biológicos
- Hijo nacido
- *Stakeholders* prestadores del servicio y su personal médico.

(p. 66).

Regulación comparada

- Regulación restrictiva
- Regulación permisiva absoluta
- Regulación permisiva relativa

(p. 70)

El investigador

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:	La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano
INVESTIGADOR:	CASTRO PEREZ, Luis Alvaro
TÍTULO DEL TEXTO	Derecho de Familia. Doctrina – jurisprudencia – modelos
AUTOR	AMADO RAMÍREZ, Elizabeth Del Pilar
AÑO DE PUBLICACION	2021

Recomendaciones para la aplicación del Análisis Documental

Para el análisis de los documentos, serán revisados tanto en el aspecto formal como en el temático:

CATEGORÍA		CLASIFICACIÓN	
Procedencia	Artículo de revista	<input type="checkbox"/>	Revista indexada
		<input type="checkbox"/>	Revista no indexada
		<input type="checkbox"/>	De revisión
		<input type="checkbox"/>	Editorial
		<input type="checkbox"/>	Reporte de caso
	Libro	<input checked="" type="checkbox"/>	Completo
		<input type="checkbox"/>	Capítulo de libro
	Tesis – Trabajo de Grado	<input type="checkbox"/>	Pregrado
		<input type="checkbox"/>	Maestría
		<input type="checkbox"/>	Doctorado
		<input type="checkbox"/>	Nacional
		<input type="checkbox"/>	Internacional
	Norma	<input type="checkbox"/>	Constitución
		<input type="checkbox"/>	Norma sustantiva
		<input type="checkbox"/>	Norma adjetiva
<input type="checkbox"/>		Proyección	
<input type="checkbox"/>		Reglamento	

CITAS/PARAFRASEOS

La maternidad subrogada tiene otras denominaciones (*vientre de alquiler, la gestación subrogada o alquiler de útero*); este tratamiento no llega a ser legal en el Perú, por lo tanto, su regulación no es explícita. Lo mismo sucede con la legislación en cuanto a la reproducción asistida, tanto nacional como internacional. A pesar de todo ello, muchas parejas peruanas recurren al embarazo por subrogación para conformar su familia.

(p. 269)

Inseminación artificial: menciona que existen la homóloga y heteróloga, donde la primera refiere a que se efectúa en el cuerpo de la mujer con los gametos de su pareja (marido); mientras que la segunda, los gametos no pertenecen a la de su esposo, sino a la de un tercero donante. en la heteróloga se produce con el consentimiento o no del marido, en el caso de que se dé el consentimiento no habrá impugnación de paternidad; en el caso de que no se dio el consentimiento se puede impugnar la paternidad en obediencia al inciso 5 del artículo 363 del CC –negación de paternidad matrimonial con prueba de ADN–.

(p. 266)

Filiación: En la legislación nacional, la filiación no aparece como un derecho fundamental con autonomía y protección directa del Estado, pues la figura que adopta es que la filiación se da como parte del Derecho a la Identidad, lo mismo ocurre con el nombre, la nacionalidad... Ahora bien, el vínculo que se genera no solo sucede entre los hijos y los padres sino con los parientes de estos, es decir con sus hermanos, padres, sobrinos, con la nomenclatura de tíos abuelos, primos.

(p. 213)

Filiación social: aborda sobre esta nueva concepción de filiación, aquí se trabaja en base a lo que estipula el interés superior del niño y que se sitúa en el contexto contemporáneo, aquí el padre no lo es de forma biológica y este fue demostrado con la prueba de ADN, sin embargo, cumple todas sus obligaciones para con el niño y no solo por obligación sino por

voluntad. Esta figura recae frecuentemente en los que asistieron a las TRHA o maternidad subrogada.

(p. 216)

La Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia, a pesar de no estar regulada, existen instituciones que promocionan los procesos de fertilidad en todo rango de complejidad. La maternidad subrogada no se prohíbe ni se permite en la ley, dado que no existe una norma que lo regule ni el Código Penal lo sancione, entonces, urge su regulación en nuestra normativa.

(p. 275)

Filiación en las TRA: El derecho a la procreación humana se ampara en el deseo de todo hombre a ser padre o madre y el mecanismo que usa puede ser las TRHA, por lo que el medio de elegir a ser padre pasó las barreras de la procreación natural y se proyecta a la asistida. Existe un bloque de doctrinarios que señalan que los derechos humanos también acogen al derecho a la procreación como el logro mismo de la libertad personal del ser humano. Para ello, existen dos tendencias, uno: la determinación biológica –procreación natural– y, dos: la voluntad y el afecto –procreación mediante la reproducción asistida– que recae en la filiación socio afectiva.

(p. 273).

El investigador

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:	La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano
INVESTIGADOR:	CASTRO PÉREZ, Luis Alvaro
TÍTULO DEL TEXTO	Libertad, Desigualdad y el Contrato de Maternidad Subrogada
AUTOR	TORRES QUIROGA, Miguel
AÑO DE PUBLICACION	2018

Recomendaciones para la aplicación del Análisis Documental

Para el análisis de los documentos, serán revisados tanto en el aspecto formal como en el temático:

CATEGORÍA		CLASIFICACIÓN	
Procedencia	Artículo de revista		Revista indexada
			Revista no indexada
			De revisión
			Editorial
			Reporte de caso
	Libro		Completo
			Capítulo de libro
	Tesis – Trabajo de Grado		Pregrado
			Maestría
		X	Doctorado
			Nacional
		X	Internacional
	Norma		Constitución
			Norma sustantiva
			Norma adjetiva
			Proyección
		Reglamento	

CITAS/PARAFRASEOS

“Una aproximación desde la libertad negativa es insuficiente para construir una definición justa de autonomía procreativa para las mujeres. No estoy diciendo que ahora debamos de redefinir dos o más concepciones de autonomía procreativa para alcanzar la justicia de género. Lo que sostengo es que el marco teórico libertario no ha demostrado preocupación por el peso y la relevancia que la desigualdad entre hombres y mujeres tiene precisamente para la autonomía procreativa. La defensa de la subrogación de vientre por parte de los libertarios de derecho nos ha demostrado cuán indiferentes es a esta materia. Primero, no han prestado atención respecto a las diferencias entre el aborto y la subrogación de vientre. A diferencia del debate en torno al aborto o interrupción legal del embarazo, el cual encontramos en el corazón de la lucha de las mujeres por la igualdad y la libertad, la demanda por legalizar la maternidad subrogada no tiene nada en común con aquella. En la segunda, la demanda proviene de los denominados padres intencionales, en particular de aquellos suficientes para cubrir los gastos relacionados con este proceso.”

(p. 355)

El investigador

GUÍA DE ANÁLISIS DOCUMENTAL

TÍTULO DE LA INVESTIGACIÓN:	La maternidad subrogada y filiación en el anteproyecto de la reforma del Código Civil peruano
INVESTIGADOR:	CASTRO PEREZ, Luis Alvaro
TÍTULO DEL TEXTO	Anteproyecto de reforma del Código Civil peruano
AUTOR.	Grupo de Trabajo de Revisión y Mejora del Código Civil peruano de 1984
AÑO DE PUBLICACION	2019

Recomendaciones para la aplicación del Análisis Documental

Para el análisis de los documentos, serán revisados tanto en el aspecto formal como en el temático:

CATEGORÍA		CLASIFICACIÓN	
Procedencia	Artículo de revista		Revista indexada
			Revista no indexada
			De revisión
			Editorial
			Reporte de caso
	Libro		Completo
			Capítulo de libro
	Tesis – Trabajo de Grado		Pregrado
			Maestría
			Doctorado
			Nacional
			Internacional
	Norma		Constitución
			Norma sustantiva
			Norma adjetiva
X		Proyección	
		Reglamento	

CITAS/PARAFRASEOS

El anteproyecto es la creación de un documento con miras a revisar y proponer mejoras al Código Civil de 1984 (DL N° 295), y estuvo conformado por constituido por Mario Gastón Humberto Fernández Cruz, como presidente; Juan Alejandro Espinoza Espinoza, como vicepresidente; Luciano Juan Luis Barchi Velaschaga; Carlos Cárdenas Quirós; Enrique Antonio Varsi Rospigliosi y; Gustavo Enrique Montero Ordinola como grupo de trabajo y; Héctor Campos García, Henry Huanco Piscoche y Carlos Agurto Gonzales como secretarios. El equipo Trabajó más de dos años y en el desarrollo colaboraron un promedio de 67 juristas.

“El presente artículo constituye una novedad en nuestro ordenamiento jurídico, reconociéndose, de esta manera, que la práctica de las técnicas de procreación médicamente asistida (TERMA) han sobrepasado la normatividad vigente, sino también los principios del Derecho.

Las normas son las técnicas de reproducción médicamente asistida (TERMA). Son procedimientos válidos que permiten el ejercicio del derecho a la reproducción, también conocido como derechos sexuales. Tal regulación se establece en concordancia con lo establecido por el artículo 7 de la Ley General de Salud.

Con el objetivo de preservar la dignidad humana y los derechos de los sujetos concebidos y nacidos mediante las TERMA, expresamente se prohíbe hacer cualquier referencia en el documento de identidad o en el Registro del Estado Civil acerca de la forma como se realizó la concepción, ni de la clase de TERMA empleada.

Se propone la derogación del actual régimen correspondiente a los “Hijos alimentistas” dado que actualmente se puede determinar la paternidad a través de la prueba de ADN.”

(p. 107)

“La propuesta normativa dispone que cuando se emplee una TERMA con material genético de los cónyuges, los hijos se considerarán matrimoniales.

Este criterio se sustenta en el hecho de que el solo acto de cesión de material genético por parte de una pareja matrimonial implica una responsabilidad pro creacional.”

(p. 108)

“En la propuesta normativa se ha considerado que el cónyuge tiene el derecho de accionar negando la paternidad del hijo de su mujer cuando falte su asentimiento. La propuesta se sustenta en que el asentimiento del marido es requisito *sine qua non* cuando se practique una TERMA heteróloga en su mujer a efectos de establecer la filiación.

La voluntad del cónyuge debe estar presente en este tipo de técnica, caso contrario podrá contestar la paternidad.”

(p. 108)

“Cuando se trate de una TERMA realizada con material genético de quienes no estén unidos por vínculos matrimoniales; resulta preciso regular el establecimiento de una filiación de la descendencia, para lo cual se ha tenido en cuenta, en el numeral 1 de la propuesta normativa, que el asentimiento sea en documento de fecha cierta o vía testamento representa título suficiente de reconocimiento del hijo.”

(p. 109)

“La propuesta consagra que el parto determina la maternidad. Es decir, prima la maternidad biológica, la maternidad de la mujer que gesta o pare a la criatura. Ello independientemente de que sea una ovodonación, embriodonado, maternidad sustituta o cualquier otra derivación procreática aplicable.”

(p. 109)

El investigador

