



● ARTÍCULO DE INVESTIGACIÓN

La dignidad humana y los derechos de las mujeres Infértiles ante la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el contexto peruano

Human dignity and the rights of infertile women in the absence of regulation of surrogacy in the Peruvian context

QUITO CORONADO, Lorena*

Recibido: 20 de abril

Evaluado: 18 de mayo

Publicado: 31 de julio

RESUMEN

La maternidad subrogada en el Perú evidencia una serie de desafíos éticos, biojurídicos y sociales derivados de la ausencia de una regulación específica que garantice la protección de la dignidad humana y de los derechos fundamentales de las personas involucradas. En particular, las mujeres infértiles enfrentan obstáculos significativos para ejercer su autonomía reproductiva y su derecho a conformar una familia, debido a la falta de criterios claros sobre filiación, responsabilidad parental y seguridad jurídica. Asimismo, la mujer gestante queda expuesta a posibles escenarios de explotación o instrumentalización, especialmente en contextos de vulnerabilidad socioeconómica, lo que profundiza las tensiones éticas y cuestiona la legitimidad del consentimiento otorgado. Desde el plano social, la persistencia de estigmas y la limitada aceptación de nuevos modelos de maternidad y parentesco agravan esta problemática. Este artículo analiza cómo la ausencia de un marco normativo integral afecta la armonización de derechos como la identidad del niño por nacer, la autonomía de la mujer gestante y las garantías reproductivas de las mujeres infértiles, generando un escenario de inseguridad jurídica y riesgos para la dignidad humana. Por ello, resulta indispensable que el Estado peruano formule una regulación desde un enfoque de derechos humanos, asegure condiciones justas transparentes y respetuosas de la dignidad de todas las partes involucrada, evitando vulneraciones derivadas de vacíos legales en torno a la maternidad subrogada.

Palabras clave — Dignidad humana; maternidad subrogada; derechos reproductivos; mujeres infértiles y biojurídica

ABSTRACT

Surrogacy in Peru presents a series of ethical, bio-legal, and social challenges stemming from the lack of specific regulations that guarantee the protection of human dignity and the fundamental rights of those involved. In particular, infertile women face significant obstacles in exercising their reproductive autonomy and their right to form a family, due to the lack of clear criteria regarding parentage, parental responsibility, and legal security. Likewise, surrogate mothers are exposed to potential exploitation or manipulation, especially in contexts of socioeconomic vulnerability, which deepens ethical tensions and calls into question the legitimacy of their consent. From a social perspective, the persistence of stigma and the limited acceptance of new models of motherhood and kinship exacerbate this problem. This article analyzes how the absence of a comprehensive regulatory framework affects the harmonization of rights such as the identity of the unborn child, the autonomy of the surrogate mother, and the reproductive rights of infertile women, creating a scenario of legal uncertainty and risks to human dignity. Therefore, it is essential that the Peruvian State formulate regulations from a human rights perspective, ensuring fair, transparent, and respectful conditions that uphold the dignity of all parties involved, and preventing violations arising from legal gaps surrounding surrogacy.

Keywords — Human dignity; surrogacy; reproductive rights; infertile women and biolaw

SUMARIO

I. Introducción · II. Métodos y técnicas que se emplearon. · III. La dignidad humana como eje rector de los derechos fundamentales · IV. Derechos de las mujeres infértiles · V. Discusión: tensiones éticas, biojurídicas y sociales · VI. Conclusiones · VII. Lista de Referencias.

* Abogada por la Universidad Nacional Pedro Ruiz Gallo. Dra. en Ciencias, mención Derecho; Maestra en Ciencias, mención Derecho Constitucional y Derechos Humanos. Conciliadora Extrajudicial. Docente de Pregrado de la Universidad Privada del Norte. Código Orcid: [0000-0002-2060-9652](https://orcid.org/0000-0002-2060-9652). E-mail: lorenaqc23@gmail.com.

I. Introducción

La maternidad subrogada ha emergido como una alternativa viable para muchas mujeres infértiles que desean formar una familia y ver logrado su proyecto de vida, sin embargo, en Perú, la ausencia de una regulación específica sobre esta práctica genera un conjunto de desafíos éticos, jurídicos y sociales. La falta de un marco normativo claro no solo limita el ejercicio pleno de los derechos reproductivos de las mujeres infértiles, sino que también profundiza las desigualdades existentes y expone a las mujeres gestantes a posibles situaciones de vulnerabilidad y explotación, especialmente en contextos económicos precarios. En este contexto, la dignidad humana se presenta como un principio fundamental que debe guiar las políticas y regulaciones sobre la maternidad subrogada, garantizando el respeto a la autonomía, la igualdad y los derechos de todas las partes involucradas. Este trabajo analiza críticamente la relación entre la falta de regulación en Perú, la protección de los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres infértiles, y las tensiones éticas y sociales que plantea la maternidad subrogada, proponiendo la necesidad urgente de un marco legal que asegure un ejercicio digno y equitativo de estos derechos y la protección de la dignidad humana.

II. Métodos y técnicas que se emplearon

El presente artículo adopta un enfoque cualitativo de naturaleza jurídico-dogmática, el cual es complementado con la técnicas de análisis comparado y revisión documental. La combinación de estos métodos nos va a permitir analizar a la maternidad subrogada o vientre de alquiler desde una perspectiva de la dignidad humana y los derechos fundamentales de las mujeres infértiles.

Método dogmático-jurídico: Mediante este método se recoge la información de libros, revistas, artículos, etc relacionados al tema a investigar, en otras palabras, la dogmática jurídica examina el ordenamiento jurídico como conocimiento puro. Esto significa que elimina todos los elementos que no son relevantes para el derecho. Por lo que, los dogmáticos consideran que el conocimiento jurídico solo emana de la norma, la doctrina y la jurisprudencia. (Aránguiz, 2025)

En ese sentido, este método nos va a permitir analizar el marco constitucional y legal vinculado a la dignidad humana y los derechos reproductivos de la mujer infértil ante la falta de regulación de la maternidad subrogada en el Perú. Asimismo, este método nos va a permitir interpretar las normas jurídicas relacionadas de manera directa con nuestra investigación, así como, identificar vacíos normativos y sistematizar los criterios jurisprudenciales que inciden en la materia.

Método analítico-comparado: Este método incide en el conocimiento del Derecho comparado y en contrastar puntos de coincidencias y diferencias específicas entre las diferentes disposiciones jurídicas de los países, así como, conocer y comparar las principales categorías jurídicas de otros sistemas jurídicos, sus tradiciones, principios y modo de comprender por sus operadores el Derecho. (Montenegro, 2023)

Asimismo, otros autores han considerado que es una expresión de la observación comparada de los fenómenos del Derecho, en tanto comparar los fenómenos jurídicos constituye el medio para poner en orden las imágenes, destacar su cualidad y clasificarlas, ya que si bien la primera etapa de la ciencia es la observación, la segunda es la comparación. (Carnelutti, 1940)

Por último, este método nos va a permitir contrastar el contexto peruano con otros modelos, es decir, nos va a permitir examinar legislaciones de países con una regulación permisiva y restrictiva en materia de maternidad subrogada, esto con la finalidad de identificar elementos normativos que puedan orientar a nuestros legisladores peruanos.

● Técnica de revisión documental y bibliográfica

Se aplicó la técnica de revisión documental para recopilar y analizar fuentes doctrinarias, académicas y normativas relacionadas con la maternidad subrogada, la dignidad humana y los derechos reproductivos. Asimismo, se revisaron informes institucionales, documentos internacionales, artículos científicos y libros especializados. Esta técnica es fundamental para construir un marco teórico sólido y actualizado que sustente el análisis jurídico (Hernández, Fernández, & Baptista, 2014)

Análisis jurisprudencial: El propósito del investigador es estudiar el razonamiento detrás de las decisiones legales, incluyendo su argumentación y conceptualización. Este tipo de análisis doctrinal se centra en las sentencias judiciales y en lo que llamamos "ratio decidendi", que no es otra cosa que la forma en que se decidieron los casos estudiados. (Aránguiz, 2025)

Asimismo, la presente investigación incluyó un análisis sistemático de la jurisprudencia relevante, tanto nacional como internacional, emitida por tribunales constitucionales, cortes supremas y órganos internacionales de derechos humanos. El análisis jurisprudencial permitió identificar tendencias interpretativas, criterios sobre la protección de la dignidad humana y precedentes en los que se ha abordado la maternidad subrogada. La jurisprudencia comparada aporta elementos interpretativos útiles para suplir vacíos normativos presentes en el sistema jurídico peruano (Fix-Zamudio, & Ferrer Mac-Gregor, 2012)

— III. La dignidad humana como eje rector de los derechos fundamentales

● Concepto constitucional de dignidad humana

El artículo 1 de la Constitución Política del Perú refiere: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Este artículo destaca dos puntos fundamentales; en primer lugar, la dignidad de la persona humana y, en segundo lugar, la finalidad del Estado y de la sociedad. Ahora bien, respecto de la dignidad Gonzales, 1986 señala: “(...) la noción de dignidad constituye el valor de cada persona, el respeto mínimo de su condición de ser humano, lo cual impide que su vida o su integridad sea sustituida por otro valor social” (p. 20). Por ende, puede afirmarse que la dignidad humana constituye un valor inquebrantable e inherente a toda persona, lo que implica que todos los seres humanos la poseen sin distinción alguna. Su protección no compete únicamente al Estado peruano, sino también a la sociedad en su conjunto, de modo que ambos asumen la responsabilidad de garantizar, respetar y promover la dignidad de cada individuo.

Aunado a ello, se observa que la dignidad de la persona humana ha sido establecida como el principio fundamental de nuestra Constitución y su cumplimiento representa la máxima aspiración para los Estados constitucionales, incluido el nuestro. Este principio entonces es reconocido y tutelado tanto a nivel nacional como internacional. En la Resolución N° 1417-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional dio a conocer que la Constitución reconoce al principio-derecho de dignidad humana como el presupuesto jurídico de los demás derechos fundamentales. Por su parte, la Carta Europea de Derechos Fundamentales, evidencia el reconocimiento por primera vez de la dignidad como valor individual y social.

Dentro de este contexto, surge el caso de la dignidad de la mujer infértil en el Perú, que anhela ser madre, pero se enfrenta a la limitación impuesta por el artículo 7 de la Ley General de Salud, que estipula “(...) la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona”, en otras palabras, que la misma mujer sea tanto la madre biológica del niño como la que lleva a cabo el proceso de gestación durante el embarazo. No obstante, nuestra Constitución establece la protección de la dignidad humana como un referente fundamental, es por ello, que el Estado peruano tiene la responsabilidad de salvaguardar nuestros derechos fundamentales, los cuales se fundamentan en la dignidad de la persona.

Dentro de este contexto, la dignidad humana se ve afectada en el caso de la mujer infértil debido a la restricción impuesta por la ley, que podría interpretarse como una negación de su derecho a la maternidad, la cual va más allá de un hecho biológico, ya que implica que la mujer es la generadora de vida, no solo biológica sino también emocional. Por lo tanto, merece un respeto absoluto e incondicional.

Además, considerando los adelantos de la medicina para ayudar a las mujeres infértiles a alcanzar su deseo de ser madres y realizar su proyecto de vida; entonces surge la pregunta sobre qué ocurre cuando se les niega o limita esta oportunidad de formar una familia. Es plausible concluir que este grupo de personas puede experimentar una pérdida de su dignidad al verse excluidas y discriminadas por la sociedad y el Estado. Además, esto plantea dudas sobre la garantía de los derechos reproductivos de la mujer infértil, especialmente considerando que la Constitución reconoce y tutela derechos fundamentales cimentados en la dignidad humana.

● Reconocimiento jurisprudencial en el contexto peruano

La dignidad humana constituye uno de los pilares fundamentales del ordenamiento jurídico peruano. El artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”. Por ello, nuestro máximo intérprete de la Constitución ha emitido diversos pronunciamientos jurisprudenciales en los que la dignidad humana adquiere contenido, alcance y fuerza normativa. De este modo, se consolida como un fundamento interpretativo esencial de los derechos fundamentales, incluidos los derechos de las mujeres infértiles frente a la ausencia de una legislación adecuada sobre la maternidad subrogada.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional peruano ha señalado reiteradamente que la dignidad humana posee una triple dimensión. En primer lugar, la dignidad constituye un atributo inherente a toda persona, lo que exige el respeto por su condición de ser humano, con independencia de su situación social, laboral o económica. En segundo lugar, implica la protección y garantía de los derechos constitucionales que se derivan de dicha condición. Finalmente, comprende el respeto a la integridad física, psíquica y moral de la persona. Así lo ha establecido el Tribunal Constitucional en la Sentencia N°008-2025-PI/TC.

Asimismo, en el Exp. N° 0009-2001-AI/TC, el Tribunal Constitucional afirmó que la dignidad es el fundamento de todos los demás derechos fundamentales, los cuales se orientan a garantizar el desarrollo integral de la persona humana como es el caso de los derechos de las mujeres infértiles los cuales deben ser tutelados por parte de nuestro Estado Peruano.

Por otro lado, el máximo intérprete de la Constitución ha vinculado la dignidad humana con la autonomía personal, entendida como la capacidad de toda persona para decidir libremente sobre su propio proyecto de vida. En el fundamento 14, tercer párrafo, el Tribunal precisa que:

“ TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL PERÚ · FUNDAMENTO 14

El derecho al libre desarrollo garantiza una libertad general de actuación del ser humano en relación con cada esfera de desarrollo de la personalidad. Es decir, de parcelas de libertad natural en determinados ámbitos de la vida, cuyo ejercicio y reconocimiento se vinculan con el concepto constitucional de persona como ser espiritual, dotada de autonomía y dignidad, y en su condición de miembro de una comunidad de seres libres

De lo cual se puede inferir que el Tribunal sostiene que la autonomía constituye un elemento esencial de la dignidad, pues va a permitir a cada persona adoptar decisiones sobre su desarrollo vital. En esa línea, adquiere especial relevancia el debate sobre los derechos de las mujeres infértiles en el contexto de la maternidad subrogada, pues este grupo busca ejercer su autonomía reproductiva en un escenario marcado por la ausencia de regulación, lo que genera una potencial afectación a sus derechos fundamentales. Ello se debe a que la dignidad humana constituye el fundamento de los derechos reproductivos, razón por la cual el Estado debe garantizar que las mujeres infértiles dispongan de condiciones adecuadas para adoptar libremente decisiones relacionadas con su maternidad, integrándose ello al contenido esencial del libre desarrollo de la personalidad.

— IV. Derechos de las mujeres infértiles

● Derecho a la salud reproductiva

En cierto modo, nuestra Constitución Política no lo señala tal cual el derecho a la salud de la mujer infértil, pero si realizamos la lectura del artículo 7, este refiere que “todos tienen derecho a la protección de su salud, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa”. En concordancia con el artículo 9 del mismo cuerpo legal el cual establece que el Estado determina la política nacional de salud. También se cuenta con la Ley General de Salud, que en su Título Preliminar establece que la protección de la salud es de interés público, es una responsabilidad primaria del Estado promover las condiciones que garanticen la cobertura de prestaciones de salud a la población y es de interés público la provisión de servicios de salud, cualquiera sea la persona o institución que los provea.

De la misma forma, el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la salud viene a ser la facultad de todo ser humano de mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como mental, que el Estado debe proteger adoptando políticas, planes y programas en ese sentido. Por su parte, la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha definido a la salud como un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente como la ausencia de afecciones o enfermedades.

Ahora bien, el derecho a la salud no solo es reconocido por nuestro ordenamiento jurídico interno, sino también por tratados internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; entre otros instrumentos jurídicos. Por tanto, el derecho a la salud debe de ser respetado, tutelado y garantizado por el Estado.

Entonces, cuando nos referimos al derecho de acceso a la salud de la mujer infértil se lo tiene que interpretar acorde a la normativa nacional e internacional, por cuanto se trata de un derecho fundamental de todo ser humano sin distinción alguna, además de que dicho derecho comprende una atención médica de forma oportuna y adecuada.

● Los derechos sexuales y reproductivos de la mujer infértil como parte integrante del derecho a la salud

Derecho a la Salud. El derecho a la salud constituye uno de los más importantes derechos fundamentales de la persona porque resulta una precondition para el proyecto personal de todo ser humano; en ese sentido, abarca también la tutela y promoción de la salud sexual y reproductiva, es por ello que la Convención para la Eliminación de toda Forma de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo señalan que dichos derechos deben ser entendidos como necesidades socialmente reconocidas dentro de un ordenamiento jurídico. Por ende, el acceder a los servicios asistenciales es fundamental para el pleno y efectivo goce del derecho a la salud, el cual debe ser garantizado por nuestro Estado peruano.

No obstante, nuestra salud reproductiva se encuentra fuera del alcance de varias personas debido a los servicios insuficientes en materia de salud reproductiva y la imposibilidad de acceder a ellos, ya sea por razones geográficas, culturales, entre otros; al mismo tiempo, los derechos sexuales y reproductivos deben considerarse como verdaderos derechos humanos y es en este punto donde coincide con el autor (Siverino, 2013), porque si consideramos que dichos derechos deben ser considerados como derechos humanos, dentro de las principales obligaciones del Estado peruano está el mantener la plena vigencia de los mismos.

Cabe considerar, además, las aportaciones de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, que conceptualiza los derechos sexuales y reproductivos a partir de la noción de salud sexual y reproductiva. En síntesis, estos derechos resultan esenciales para las personas, pues la capacidad de decidir sobre el propio cuerpo, la sexualidad y la reproducción constituye una expresión directa de autonomía y poder personal. Tales derechos se encuentran respaldados por normativa internacional vinculante para el Estado peruano, como la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer.

Asimismo, la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 1994) enfatizó la necesidad de garantizar el acceso integral a la salud reproductiva, reconociendo que el respeto a las decisiones individuales en materia sexual y reproductiva forma parte inherente de la salud humana. Complementariamente, la Plataforma de Acción de la IV Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995) estableció que los derechos humanos de las mujeres comprenden el derecho a ejercer control sobre su sexualidad y a disfrutar de una salud sexual y reproductiva libre de discriminación, coerción y violencia.

De la misma forma, los derechos sexuales y reproductivos son reconocidos por nuestra Constitución Política. Además, de estar amparados por la Ley de Igualdad de Oportunidades entre Mujeres y Hombres - Ley N° 28983 (2007), la Ley General de Salud - Ley N° 26842 (1997) y el Plan Nacional de Igualdad de Género 2012-2017. Asimismo, en la Décima Política del Acuerdo Nacional (2002), referida a la equidad y justicia social, el Estado se compromete a eliminar toda forma de discriminación, promoviendo la igualdad de oportunidades y las condiciones para un acceso universal a la salud en forma gratuita, continua, oportuna y de calidad; por ende, el responsable de proteger, defender, respetar, promover y garantizar los derechos humanos es el Estado a través de sus diferentes poderes y niveles de gobierno.

Dentro de este marco, el acceso a la Técnica de Reproducción Humana Asistida de maternidad subrogada podría ser concebida como un derecho reproductivo, ya que desde la óptica jurídica es definida como “aquellos métodos técnicos que se utilizan para suplir en la persona o pareja la infertilidad que pudieran padecer y así posibilitar que lleguen a tener descendencia”(Varsi, 1995, p.62); por lo tanto, de esta forma se estaría garantizando los derechos reproductivos de las mujeres infértiles.

En esa línea de ideas, si consideramos lo anteriormente mencionado, dicha técnica no solo constituiría un derecho reproductivo de la mujer infértil, sino que tendría que ser considerado como un derecho fundamental. En consecuencia, la maternidad subrogada debe ser regulada por nuestro ordenamiento jurídico para que no se excluya de nuestra legislación nacional a las mujeres infértiles. Y esto con base en los criterios que señala, (Ferrajoli, 2005) en su obra sobre los fundamentos de los derechos fundamentales, en la cual identifica cuatro criterios axiológicos, todos ellos referidos al valor de la persona humana asumida como fin y nunca como medio. Por lo tanto, mediante la técnica de la maternidad subrogada las mujeres infértiles podrían ver concretizado su proyecto de vida como madre y su derecho a formar una familia.

● Derecho a formar una familia

Este derecho se encuentra protegido en el artículo 4 de la Constitución Política del Perú, que reconoce a la familia como institución fundamental y dispone que el Estado y la comunidad le brindan especial protección. De las doce constituciones que ha tenido el país, fue la Constitución de 1933 la primera en incorporar expresamente la tutela de la familia dentro del ordenamiento constitucional. Posteriormente, la Constitución de 1979 profundizó esta protección al definir a la familia como una “sociedad natural y una institución fundamental de la Nación”, reforzando así su relevancia jurídica y social.

Asimismo, el derecho a formar una familia goza de protección constitucional en diversas jurisdicciones, como se evidencia en las constituciones de Bolivia, Brasil, Cuba, El Salvador, Ecuador, Nicaragua, Panamá, Paraguay y Venezuela. Además, este derecho también se encuentra reconocido en diversos instrumentos internacionales, como la Declaración Universal de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros. Si bien la Constitución Política del Perú no regula de manera expresa el derecho a formar una familia, dicho derecho puede inferirse de forma indirecta a partir del artículo 4, que establece la obligación del Estado de otorgar especial protección a la familia. Esta disposición permite reconocer que la facultad de conformarla constituye un elemento esencial para garantizar su adecuada tutela constitucional.

En síntesis, el derecho a formar una familia constituye un derecho complejo, pues está íntimamente relacionado con otros derechos como son el derecho a la igualdad, a la no discriminación, a los derechos reproductivos de las personas y, sobre todo, a decidir si se quiere o no tener hijos. En consecuencia, el derecho constitucional a formar una familia exige al Estado garantizar su acceso, ya que para muchas personas el poder conformar una familia es uno de los objetivos centrales de su vida y nuestro Estado está en la obligación de tutelar, respetar y proteger dicho derecho constitucional.

En esta línea de pensamiento, surge otra interrogante sobre cómo pueden las mujeres infértiles formar una familia, dado que, por un lado, la infertilidad no se considera en el Perú como una enfermedad relevante para la salud pública y, por el otro, se les prohíbe implícitamente recurrir a la técnica de maternidad subrogada según lo establece el artículo 7 de la Ley General de Salud. Es evidente que la problemática de las mujeres infértiles en el Perú conlleva una inequidad para este grupo de personas y, por tanto, una situación de discriminación. Para abordar esta situación, es crucial regular la maternidad subrogada y con ello garantizar los derechos inmersos en la presente problemática.

● La maternidad subrogada¹ como una forma de garantizar la formación de una familia

Como es ampliamente conocido, en el Perú la técnica de la maternidad subrogada carece de regulación y esta implícitamente prohibida por la Ley General de Salud. Además, esta técnica puede ser considerada como un derecho reproductivo, lo que contribuiría a garantizar la posibilidad de formar una familia. En contextos específicos, esto significaría realizar el anhelo de las mujeres infértiles de ser madres y así alcanzar su proyecto de vida.

Por su parte, la doctrina ha empleado varios términos para referirse a la maternidad subrogada, tales como gestación por sustitución, maternidad subrogada, alquiler de útero, vientre de alquiler, entre otros; Sin embargo, en esencia, se refiere al proceso en el cual una mujer gesta a un hijo en su vientre para otra persona que lo ha solicitado, ofreciendo una alternativa a aquellas personas infértiles.

Ahora bien, en el ámbito internacional hay países que la prohíben, mientras otros la admiten, pero bajo ciertos requisitos y solo cuando es altruista. Alemania, por ejemplo, es uno de los pocos países europeos donde los vientres de alquiler o maternidad subrogada están completamente prohibidos, incluso puede ser sancionada con tres años de pena privativa de la libertad la persona que transfiera a una mujer el óvulo de otra. En España es nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero.

Como contrapartida a lo anteriormente señalado, Israel cuenta con la Ley 5746 de 1996- Ley de contratos de alquiler de vientres, basada en el establecimiento de la filiación mediante la adopción. Asimismo, Grecia cuenta con las Leyes N.º 3089 (2002) y 3305 (2005) que regulan la maternidad subrogada. Estos dos países admiten la maternidad subrogada solo cuando es altruista y/o bajo ciertos requisitos y condiciones. Por su parte, países como México (Tabasco y Sinaloa) y Rusia, que cuenta con un Código de Familia, regulan la maternidad subrogada como una práctica legal, ya sea con fines lucrativos o altruistas.

En Latinoamérica no han sido ajenos los intentos de regulación sobre esta materia, por ejemplo, se tiene a Argentina, que si bien es cierto que no cuenta con una ley que regule la maternidad subrogada, pero se han presentado varios proyectos de ley. Asimismo, en Colombia se han presentado proyectos de ley en los años 2001, 2016, 2017 y 2020, que si bien es cierto no existen normas legales que regulen el tema de maternidad subrogada, pero por su relevancia puede citarse la sentencia T-968/09 de la Corte Constitucional de dicho país, en donde una pareja formada por Salomón y Raquel, contactan a una mujer Saraí, para gestionar el alquiler del vientre, dado que no podían tener hijos. El tratamiento de fertilización con óvulos y espermatozoides de los esposos fracasa y Saraí no queda embarazada. El hombre se dirige al Valle del Cauca, donde vive Saraí, para analizar la situación, y después de un tiempo se llega a conocer que concibió dos gemelos a través del proceso de fertilización in vitro. La madre registró a los menores, ya que el padre no estaba en el país en el momento del parto. A partir de esto, empezó un camino de enfrentamientos, denuncias y demandas que culminó con la asignación de la custodia provisional al padre, ya que el Juez Décimo de Familia consideró que:

Entre Salomón y Saraí, existió un contrato verbal, cuyo objeto era el alquiler de vientre, en donde ella permitía la fecundación de un óvulo propio con semen del contratante, obligándose a entregar el fruto que resultase de la fecundación a la pareja conformada por Salomón y Raquel. Segundo Saraí después de recibir un alta suma de dinero, un tratamiento adecuado y la afiliación a una EPS, incumplió el contrato y decidió quedarse con los niños. Y por último, desconoció los derechos del padre al no permitir inicialmente el registro de los niños con su apellido, e impedirle las visitas.

¹ Es cuando una mujer carga el embarazo y da a luz a un bebé que les pertenece a otros padres genética y legalmente (Romero, 2016).

El Perú al igual que en los anteriores países ya mencionados, tampoco cuenta con un marco normativo específico que regule la maternidad subrogada; sin embargo, tenemos a Ley General de Salud (Ley N°. 26842), que en su artículo 7 refiere que las técnicas de reproducción asistida son un derecho que tiene una persona para tratar su infertilidad y procrear mediante estas, siempre y cuando el elemento genético de la madre coincida con su condición de gestante; en ese sentido, se puede deducir que la citada norma contiene una prohibición tácita, porque si bien es cierto no se prohíbe la reproducción asistida, sí se impone un límite en cuanto a la identidad entre madre genética y madre biológica, lo cual descarta la posibilidad de recurrir a una madre sustituta.

Sin embargo, han existido varios intentos jurídicos para regular dicho tema, así, por ejemplo, en 2012 se intentó modificar el artículo 7 de la Ley General de Salud, referido al uso de las técnicas de reproducción humana asistida; ese mismo año se trabajó el proyecto de Ley N°. 1722/2012-CR en el mismo sentido que el anterior; en el 2013, el proyecto de Ley N°. 2839/ 2013- CR propuso incorporar la modalidad de maternidad sustituta parcial altruista; finalmente, en el año 2018 un proyecto se enfocó en la maternidad solidaria mediante el uso de técnicas de reproducción asistida como derecho humano a ser madre. Como bien se puede apreciar, el último proyecto hace énfasis en el uso de esta técnica, considerado como un derecho humano a ser madre.

Un caso emblemático que vale la pena mencionar es el de la sentencia emitida por la Corte Suprema de Justicia en diciembre de 2011, que tiene relación con la maternidad subrogada, donde se definió aspectos referidos a la filiación del menor y el interés superior del niño. En definitiva, se puede afirmar que los ordenamientos jurídicos están encaminados a regular dicha figura, esto porque se necesita dar respuestas y soluciones a una práctica cada vez más frecuente.

En ese orden de ideas, la maternidad subrogada puede constituir la única alternativa real para garantizar el derecho de las mujeres infértiles a formar una familia y, en consecuencia, asegurar el ejercicio pleno de sus derechos reproductivos. En tal sentido, el Estado peruano tiene la obligación de establecer una regulación específica mediante una ley que brinde seguridad jurídica a todas las partes involucradas. Ello resulta aún más necesario si consideramos que vivimos en un Estado constitucional de derecho, que no solo proclama la supremacía de la Constitución, sino que también garantiza la protección efectiva de los derechos fundamentales.

— V. Discusión: tensiones éticas, biojurídicas y sociales

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la infertilidad afecta del 10% al 15% de la población en edad fértil en Perú, lo que representa cerca de 1,000,000 a 1,500,000 personas, por lo que las técnicas de reproducción artificial han aumentado considerablemente. Las primeras referencias de la reproducción artificial datan de la era antigua (3500 aC-500 d.C.) con las tradiciones Niyoga o Levirato². Asimismo, en el cristianismo, es posible encontrar como caso paradigmático el de Abraham y Sara; ante un proceso de infertilidad, y la necesidad de darle un primogénito a Abraham, Sara le permite a su esposo que su criada tomara su lugar para tener hijos.

Por otro lado, la infertilidad se ha asociado con un castigo o culpa divina (Susanta, 2021), principalmente que recae sobre las mujeres, aunque los hombres también han sido señalados. Las mujeres infértiles experimentan un mayor estrés psicológico que los hombres infértiles, y a menudo se las estigmatiza por ser infértiles y no tener hijos (Taebi, Kariman, Montazeri, & Alavi Majd, 2021).

² El levirato (del latín *levir*, "hermano del marido") es el matrimonio con el hermano del marido, costumbre que contempla el matrimonio entre una viuda cuyo marido ha muerto sin descendencia y un hermano de este.

Dentro de este contexto, a lo largo de la historia se han desarrollado diversas estrategias y prácticas destinadas a afrontar la infertilidad, que han ido desde soluciones tradicionales como la poligamia descrita en el párrafo anterior hasta la adopción contemporánea de técnicas de reproducción asistida, entre las que destacan la inseminación artificial, la fertilización in vitro, la inyección intracitoplasmática y la maternidad subrogada³. Esta última, en particular, plantea un conjunto complejo de tensiones éticas, biojurídicas y sociales, especialmente cuando se examina desde la perspectiva de la dignidad humana. Para el caso peruano, donde no existe una regulación específica sobre la maternidad subrogada, estas tensiones adquieren una especial intensidad debido a la ausencia de seguridad jurídica y a la necesidad de armonizar los distintos derechos fundamentales involucrados en esta problemática. La falta de un marco normativo claro genera vacíos que pueden derivar en vulneraciones a la dignidad humana, la autonomía reproductiva y la protección de la mujer gestante, de la mujer infértil y del niño por nacer. En este contexto, el presente artículo analiza estas tensiones y reflexiona sobre la necesidad de un marco legal equilibrado.

● Desde una perspectiva ética

La maternidad subrogada plantea decisiones particularmente complejas tanto para la gestante como para la mujer infértil. En primer lugar, surge la interrogante respecto de si la gestante actúa realmente desde una decisión autónoma o si su elección está condicionada por factores económicos, sociales o incluso familiares, lo que podría limitar su libertad real de consentimiento. En segundo lugar, la mujer infértil ejerce su autonomía reproductiva al recurrir a esta técnica para materializar su proyecto de vida familiar, reconociéndose en ello un componente esencial de su dignidad y del libre desarrollo de su personalidad.

Otra tensión ética relevante se vincula con la posible cosificación del cuerpo femenino y del niño por nacer. La gestación podría llegar a percibirse como un servicio y el niño como el resultado de un contrato, lo que comprometería gravemente la dignidad humana en todas sus dimensiones. Frente a ello, la ética exige la implementación de mecanismos legales que no solo otorguen seguridad jurídica a todas las partes involucradas, sino que también prevengan cualquier forma de explotación, instrumentalización o comercialización del cuerpo humano.

Por su parte, la Organización Panamericana de la Salud (OPS) afirma que la mujer que actúa como madre subrogada, generalmente está preocupada por su difícil situación económica y la de su familia. Por tanto, su consentimiento libre e informado suele estar viciado, su único atributo valorado es su capacidad de servir de máquina para procrear, una vez se concluye el acuerdo, siente todo el peso de la explotación, de la separación del bebé y de la cosificación del embarazo (Cuéllar-Garzón, 2019).

Dentro de este contexto, en la actualidad muchas mujeres ofrecen sus servicios por internet, en países como Colombia los precios oscilan entre 10.000 y 15.000 dólares, mientras que en Estados Unidos y Europa Occidental pueden costar entre 100.000 y 150.000 dólares (Arévalo, 2016). En el “Reino Unido se limita el pago de la contraprestación a 15.000 libras esterlinas, además se suelen dar regalos o presentes adicionales a las madres gestantes, estos incluyen seguro para la madre y sus hijos, pago de los estudios, incluso, automóviles” (Varsi, & Mardini, 2021, p.67).

Por lo tanto, es indispensable diseñar una ley que reconozca y proteja los derechos de la mujer infértil, de la gestante y del niño, asegurando que la maternidad subrogada se desarrolle de manera ética, respetuosa de la dignidad humana y acorde con los principios del Estado constitucional de derecho.

³ La maternidad subrogada es descrita según la Organización Mundial de la Salud (OMS) como aquel proceso en el que la mujer lleva adelante un embarazo habiendo acordado que entregará el producto de la gestación a los padres previstos.

● Desde una perspectiva biojurídica

La ausencia de un marco legal específico en el Perú genera una profunda incertidumbre respecto de la filiación, la responsabilidad parental y los derechos tanto de la gestante como del niño por nacer. Esta falta de regulación limita la tutela efectiva de los derechos de la mujer infértil y dificulta la aplicación del principio del interés superior del niño. Además, la problemática involucra la interacción de diversos derechos fundamentales, como el derecho a formar una familia, el derecho a la identidad del menor, la dignidad de la gestante y la autonomía reproductiva de la mujer infértil. Sin criterios normativos claros, se vuelve compleja la armonización y ponderación adecuada de estos derechos, generando un escenario de inseguridad jurídica para todas las partes involucradas.

● Desde una perspectiva social

En una sociedad marcada por profundas brechas socioeconómicas, la maternidad subrogada puede convertirse en una alternativa para mujeres en situación de vulnerabilidad, lo que genera un riesgo real de explotación. Asimismo, como se ha señalado previamente, las mujeres infértiles suelen enfrentar estigmas asociados a la maternidad, lo cual agrava su situación emocional. De igual manera, la mujer gestante puede ser objeto de juicios morales por prestar su capacidad reproductiva.

Otro aspecto relevante es la concepción de familia, pues la maternidad subrogada cuestiona las nociones tradicionales de maternidad y parentesco. Al diferenciar entre maternidad genética, gestacional y social, surgen nuevos modelos familiares cuya aceptación en la sociedad aún es limitada.

Finalmente, es importante destacar que, conforme a la doctrina, la maternidad subrogada puede desarrollarse bajo dos modalidades: altruista o comercial. En la primera, la mujer gestante no recibe una retribución económica por el servicio prestado, pudiendo únicamente obtener compensaciones destinadas a cubrir los gastos derivados de la gestación o la pérdida de ingresos ocasionada por esta. En la segunda modalidad, la gestante presta un servicio reproductivo a cambio de una retribución económica.

Según Ballester (2018), las condiciones económicas asociadas a la maternidad subrogada pueden incentivar que mujeres en situación de precariedad acepten gestar un hijo para terceros, lo que plantea relevantes interrogantes éticos y biojurídicos respecto del posible aprovechamiento de contextos de vulnerabilidad.

Para el caso peruano, la ausencia de un marco normativo específico sobre la maternidad subrogada genera tensiones que comprometen directamente la dignidad humana y los derechos inmersos en este tema. Desde una dimensión ética, esta falta de regulación dificulta garantizar que las decisiones reproductivas se adopten de manera libre, informada y responsable, dejando espacio a prácticas que podrían instrumentalizar tanto a la mujer gestante como a quienes buscan ejercer su derecho a formar una familia. A nivel biojurídico, la inexistencia de lineamientos claros sobre filiación, consentimiento informado, capacidad de decisión y límites a la intervención médica expone a todas las partes involucradas a situaciones de inseguridad jurídica, generando vacíos que afectan la protección de la autonomía reproductiva y el acceso a técnicas de reproducción asistida en condiciones de igualdad.

Asimismo, desde una dimensión social, la falta de regulación profundiza desigualdades preexistentes, especialmente para las mujeres de escasos recursos que podrían asumir la gestación subrogada en contextos de necesidad económica, con el consecuente riesgo de explotación o aprovechamiento de su vulnerabilidad. Al no existir lineamientos estatales que prevengan estos escenarios y garanticen procesos transparentes, se perpetúan dinámicas discriminatorias y se obstaculiza el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres infértiles, quienes ven limitada su posibilidad de acceder a alternativas seguras y dignas para la conformación de una familia. De este modo, la ausencia de un marco legal integral no solo debilita la tutela de la dignidad humana, sino que también compromete la efectividad de diversos derechos fundamentales cuyo aseguramiento exige una regulación urgente y garantista.

VI. Conclusiones

La ausencia de un marco normativo específico sobre la maternidad subrogada en Perú implica vulnerabilidades que afectan la dignidad y los derechos fundamentales de las mujeres infértiles y gestantes, además de acentuar desigualdades sociales y económicas.

La regulación adecuada de la maternidad subrogada es esencial para garantizar procesos transparentes y responsables, evitando prácticas de explotación y favoreciendo la protección integral de la autonomía y la dignidad de todas las partes involucradas.

Desde una perspectiva ética y bio jurídica, resulta prioritario establecer lineamientos claros que armonicen los derechos de la mujer gestante, la mujer infértil y el niño, además de promover una comprensión social más amplia y respetuosa acerca de las diferentes modalidades de maternidad subrogada.

La implementación de una legislación específica en Perú contribuiría a fortalecer el Estado de derecho, asegurando la protección efectiva de los derechos reproductivos, promoviendo la equidad social y garantizando el respeto a la dignidad humana en el ámbito de las tecnologías reproductivas.

VII. Lista de Referencias

- Aránguiz Saldivia Martín. (2025). Método de investigación jurídica. *LemonTech*. <https://blog.lemontech.com/firmas-legales/metodo-de-investigacion-juridica>
- Arévalo Villarreal, I. (2016). *Maternidad subrogada analizada desde la legislación de Colombia, España y Estados Unidos*. Universidad Católica de Colombia.
- Carnelutti Francesco. (1940). *Metodología del Derecho*. Unión Tipográfica Editorial Hispano-Americana.
- Cuéllar-Garzón, S. D. (2019). *La dignidad humana de la mujer y la maternidad subrogada en Colombia*.
- Ferrajoli, L. (2005). *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Trotta.
- Fix-Zamudio, H., & Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). *El derecho procesal constitucional*. UNAM.
- González Pérez, Jesús. (1986). *La dignidad de la persona*. Civitas.
- Hernández, R., Fernández, C., & Baptista, P. (2014). *Metodología de la investigación* (6.a ed.). McGraw-Hill.
- Ley Genral de Salud, No. 26842.
- Montenegro, I. M. (2023). Sobre los métodos de la investigación jurídica. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, 14(1), 1-4. <https://doi.org/10.7770/rchdcp-V14N1-art312>
- Siverino Bavio, P. (2013). *Bioética y derechos reproductivos en el Perú: Comentarios sobre algunos temas pendientes*. 304-308.
- Susanta, Y. K. (2021). *Christian theological understanding of the handling of infertility and its relevance in the Indonesian context*. HTS Teologiese Studies / Theological Studies. <https://doi.org/10.4102/hts.v77i4.6508>
- Taebi, M., Kariman, N., Montazeri, A., & Alavi Majd, H. (2021). *Infertility Stigma: A Qualitative Study on Feelings and Experiences of Infertile Women*. <https://doi.org/10.22074/ijfs.2021.139093.1039>
- Tribunal Constitucional, No. 1417-2005-PA/TC.
- Tribunal Constitucional en la sentencia N.º008-2025-PI/TC
- Tribunal Constitucional. Exp. N.º 0009-2001-AI/TC
- Varsi, E. (1995). *Derecho Genético: Principios generales*. Normas Legales.
- Varsi Rospigliosi, E., & Mardini Burgos, J. (2021). *Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del análisis económico del derecho*. 159-180.