

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ
FACULTAD DE DERECHO



**LAS POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN
ESTUDIO DESDE LA EXPERIENCIA PERUANA**

Tesis para obtener el título profesional de Abogada

que presenta:

Zulma Denisse Paucar Laurencio

Asesor:

Oswaldo Leandro Comejo Amoretti

Lima, 2025

Informe de Similitud

Yo, **Oswaldo Leandro Cornejo Amoretti**, docente de la **Facultad de Derecho** de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor de la tesis titulada:

LAS POSIBILIDADES Y LIMITACIONES DE LA MATERNIDAD SUBROGADA: UN ESTUDIO DESDE LA EXPERIENCIA PERUANA

De la autora:

Zulma Denisse Paucar Laurencio

Dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 15%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el **14/05/2025**.
- He revisado con detalle dicho reporte y confirmo que cada una de las coincidencias detectadas no constituyen plagio alguno.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha: Lima, 28 de mayo del 2025.

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora:	
CORNEJO AMORETTI, OSWALDO LEANDRO	
DNI: 43723735	Firma: 
ORCID: 0000-0003-3419-5822	

DEDICATORIA

A mi querida tía Zulema Laurencio, testigo constante de mi camino universitario. Iniciaste conmigo esta travesía y tu fortaleza en la adversidad me enseñó a nunca rendirme. Cuidarte fue un acto de amor y una lección de vida que guardaré siempre con mucho cariño. Hoy, luchar hasta el final, como tú lo hiciste, es la lección más grande que me acompaña. Vivirás para siempre en mi memoria y en mi corazón.

A mi Lazy. Hoy yace a mi lado una correa vacía que, sabedora de que no regresarás, aún te espera, guardando cada una de nuestras mejores aventuras. Tu calor y valiosa compañía fueron mi lugar seguro en los momentos de zozobra, y tu presencia silenciosa, durante aquellas largas noches de estudio y reflexión, fue el alivio perfecto para mi corazón cuando el camino se tornaba difícil. Fuiste más que una mascota, mi fiel y leal compañera de vida.

A mi amado papito Priscilo Laurencio. Atesoro aquella conversación al terminar el colegio, cuando me anticipaste lo difícil que sería ingresar a la universidad, y más aún, culminarla. Con los ojos brillantes, me dijiste que no sabías si estarías conmigo cuando ese día llegara, pero que tenías la certeza absoluta de que lo lograría. Quiero decirte: lo logramos, papito. Hoy estás aquí, acompañándome al cumplir esa meta que un día vimos lejana y que hoy se vuelve realidad. Estamos juntos hoy, y lo estaremos siempre, unidos por este lazo inquebrantable.

A mi querida Mamita Yolanda Boza, quien sigue mis pasos en primera fila con esa mirada de orgullo que me impulsa a dar lo mejor de mí cada día. A mis padres, Antonio Paucar y Zulma Laurencio, el amor más grande de mi vida, y a mis hermanas Milagros y Verenisse, por su apoyo incondicional y por creer firmemente en mí, incluso en mis momentos de duda. Su presencia, inconmensurable cariño, sabiduría oportuna y cada palabra de aliento han sido mi mayor fortaleza.

A todos y cada uno de ustedes, les dedico con amor y gratitud cada palabra de estas páginas. Esta tesis es el fruto de un esfuerzo colectivo, de manos que sostuvieron las mías a lo largo del camino.

Gracias.

AGRADECIMIENTOS

El camino recorrido en la elaboración de esta tesis ha sido uno de los más desafiantes y enriquecedores de mi vida académica. Esta tesis representa la materialización de años de esfuerzo y dedicación. Un trayecto que no hubiera sido posible transitar sin el apoyo de personas excepcionales.

Quiero expresar mi más profundo agradecimiento a mi asesor de tesis, Leandro Cornejo, quien no solo ha sido un guía académico, sino un verdadero mentor en el fascinante mundo de la bioética. Esta investigación no habría llegado a buen puerto sin sus invaluable conocimientos, orientación y paciencia. Cada conversación, cada observación y cada consejo han sido pilares fundamentales para construir este trabajo. Muy agradecida también con mis maestros y maestras del Grupo de Investigación sobre Teorías de la Justicia y Derecho (GRIJUS), cuyos conocimientos y orientación fueron esenciales para enriquecer y fortalecer el enfoque de esta investigación.

A mi padre por inspirarme desde niña con su amor por el derecho; a mi madre por su comprensión y apoyo incondicional; a mi hermana Milagros por acompañarme de cerca en cada etapa universitaria; y a mi pequeña Verenisse, que a su corta edad también es un ejemplo de perseverancia y dedicación. Su presencia constante y respaldo han sido vitales para sobrellevar este exigente proceso y seguir adelante con determinación en cada decisión que he tomado. A mi madrina, Edith Laurencio, por el amor y la confianza que me ha brindado desde niña; a Henry Valladares, quien ha fungido como un hermano mayor desde siempre, acompañándome con genuina generosidad en cada etapa de mi vida; y a toda mi familia materna por estar para mí de tantas formas posibles. No podría estar más agradecida por tenerlos.

A Rodrigo Lara, quien me acompañó en la etapa final de esta tesis y fue un gran apoyo cuando más lo necesitaba. Tu comprensión y motivación llegaron en el momento justo. A mis amigas y amigos que me acompañaron en este largo trayecto. En especial, a Katherine Ortiz por compartir generosamente todo lo que podía aportar a mi tesis y a Angélica Pretell por su amistad constante, han enriquecido no solo mi investigación sino también mi vida. A todas estas personas las llevo profundamente en mi corazón, pues cada una ha contribuido, a su manera, en la culminación de esta etapa académica que hoy se materializa en estas páginas.

RESUMEN

La presente tesis examina la maternidad subrogada en el Perú desde un enfoque bioético-jurídico, analizando las implicancias de su falta de regulación específica en un contexto donde su práctica se incrementa progresivamente sin un ordenamiento jurídico claro. A partir del análisis normativo internacional y nacional, se propone un marco teórico basado en la bioética de mínimos y principios fundamentales como la autonomía relacional, beneficencia, no maleficencia y justicia (incorporando nociones de vulnerabilidad e interseccionalidad). Ello permite evaluar la maternidad subrogada considerando su complejidad inherente y las particularidades del contexto peruano, donde factores sociales, económicos y culturales determinan significativamente las condiciones en que se desarrolla esta práctica. Además, se aborda la referida prohibición implícita en la Ley General de Salud mediante una interpretación constitucional, identificando cinco desafíos clave. Finalmente, como aporte central, se presentan lineamientos bioético-jurídicos que orientan un tratamiento adecuado de la gestación por sustitución. De esta manera, se armonizan los derechos de todas las partes involucradas, en especial los de la mujer gestante y del concebido, contribuyendo así al debate constitucional e interdisciplinario sobre esta práctica en el Perú.

Palabras clave: *Maternidad subrogada, bioética jurídica, derechos reproductivos, autonomía relacional, vulnerabilidad, interpretación constitucional, Perú.*

ABSTRACT

This thesis examines surrogacy in Peru from a bioethical and legal perspective, analyzing the implications of its lack of specific regulation in a context where the practice is progressively increasing without a clear legal framework. Based on a review of international and national regulations, it proposes a theoretical framework grounded in minimal bioethics and fundamental principles such as relational autonomy, beneficence, non-maleficence, and justice—incorporating notions of vulnerability and intersectionality. This approach allows for an evaluation of surrogacy that accounts for its inherent complexity and the particularities of the Peruvian context, where social, economic and cultural factors significantly shape the conditions under which the practice occurs. Additionally, the thesis addresses the implicit prohibition found in the General Health Law through a constitutional interpretation, identifying five key challenges. Finally, as its central contribution, it presents bioethical and legal guidelines for the proper regulation of surrogacy, aiming to harmonize the rights of all parties involved—particularly those of the gestational mother and the unborn child—thus contributing to the constitutional and interdisciplinary debate on this issue in Peru.

Key Words: *Surrogacy, legal bioethics, reproductive rights, relational autonomy, vulnerability, constitutional interpretation, Peru.*

ÍNDICE

RESUMEN.....	1
ABSTRACT.....	2
ÍNDICE DE FIGURAS.....	7
ÍNDICE DE TABLAS.....	8
INTRODUCCIÓN.....	9
CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA.....	19
<i>I. Gestación subrogada en el marco internacional</i>	20
<i>I.I. Marco normativo internacional en torno a la maternidad subrogada.....</i>	20
<i>I.I.I. Antecedentes de los derechos sexuales y derechos reproductivos</i>	21
<i>I.I.I.I. Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993)</i>	22
<i>I.I.I.II. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo - CIPD (1994).....</i>	23
<i>I.I.I.III. IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995)</i>	24
<i>I.I.II. Marco normativo internacional referente a los derechos involucrados en la maternidad subrogada.....</i>	26
<i>I.II. Legislación comparada en torno a la maternidad subrogada.....</i>	34
<i>I.II.I. Enfoques legislativos: Prohibición</i>	35
<i>I.II.II. Enfoques legislativos: Aceptación</i>	39
<i>I.II.III. Situaciones legislativas: Ausencia de regulación</i>	44
<i>I.III. Jurisprudencia internacional en torno a la maternidad subrogada.....</i>	48
<i>I.III.I. Caso Whitehead o “Baby M”</i>	48
<i>I.III.II. Buzzanca vs. Buzzanca</i>	49
<i>I.III.III. Caso M.A.A. e W.A.A.</i>	50
<i>I.III.IV. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica</i>	51
<i>I.III.V. Caso Paradiso y Campanelli</i>	53
<i>II. Gestación subrogada en el sistema jurídico peruano.....</i>	57

II.I. Legislación en torno a la maternidad subrogada.....	57
II.I.I. Constitución Política del Perú de 1993.....	58
II.I.II. Código Civil de 1984	61
II.I.III. Código de los Niños y Adolescentes - Ley 27337	62
II.I.IV. Ley General de Salud (LGS) - Ley 26842.....	62
II.II. Jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada	66
II.II.I. Caso M.C.O.C. vs. M.A.A.D.....	67
II.II.II. Caso C.M.S.E. vs L.E.M.B.	68
II.II.III. Caso D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros	69
II.II.IV. Caso F.D.N.R., A.N.B.V. & otros vs. RENIEC	69
II.II.V. Caso de la pareja chilena J.T.P. & R.M.A.	70
II.II.VI. Caso Ricardo Morán vs. RENIEC.....	71
CAPÍTULO II: LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE UN ENFOQUE BIOÉTICO- JURÍDICO: PRINCIPIOS Y DESAFÍOS EN EL CONTEXTO DE LOS MERCADOS NOCIVOS	77
I. Caracterización y modalidades de la maternidad subrogada	79
II. Una aproximación al enfoque bioético jurídico	85
II.I. Bioética de mínimos y bioética de máximos.....	89
II.II. Los principios de la bioética.....	91
II.II.I. tonomía y la autonomía relacional.....	94
II.II.I.I. El principio de autonomía.....	95
II.II.I.II. La autonomía relacional en bioética: una perspectiva feminista.....	97
II.II.II. neficencia y no maleficencia	104
II.II.II.I. Principio de no maleficencia.....	104
II.II.II.II. incipio de beneficencia	105
II.II.II.III. Paternalismo: ¿Un enfoque imprescindible?	107

II.II.III. Justicia, vulnerabilidad e interseccionalidad.....	109
II.II.III.I. incipio de justicia	110
II.II.III.II. Interseccionalidad: un enfoque para comprender una situación de vulnerabilidad.....	113
II.II.IV. principios de la bioética?	117
II.II.IV.I. Principio de dignidad	119
II.II.IV.II. incipio de no instrumentalización	122
II.II.IV.III. incipio de información	123
<i>III.Fundamentos y consecuencias de los mercados nocivos en la maternidad subrogada</i>	<i>126</i>
<i>III.I. Efectos de los mercados nocivos.....</i>	<i>127</i>
III.I.I. uentes de los mercados: los agentes del mercado	128
III.I.II. onsecuencias de los mercados: graves perjuicios	129
<i>III.II. Maternidad subrogada en el marco de los mercados nocivos.....</i>	<i>130</i>
<i>CAPÍTULO III: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LINEAMIENTOS PARA EL CASO PERUANO</i>	<i>135</i>
<i>I. ¿Una prohibición de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?</i>	<i>136</i>
<i>I.I. La maternidad subrogada en el marco constitucional peruano.....</i>	<i>137</i>
<i>I.II. La referida “prohibición” de la maternidad subrogada en la Ley General de Salud</i>	<i>143</i>
<i>II. Problemáticas en torno a la maternidad subrogada</i>	<i>153</i>
<i>II.I. Argumento teleológico sobre la maternidad subrogada.....</i>	<i>155</i>
<i>II.II. Argumento sobre las implicancias de los derechos del sujeto por nacer</i>	<i>160</i>
<i>II.III. umento sobre la libertad efectiva de la mujer gestante</i>	<i>165</i>
II.III.I. Autonomía y autonomía relacional: un análisis desde la bioética y el feminismo	166
II.III.II. Justicia e interseccionalidad en la maternidad subrogada	169
II.III.III. ¿Instrumentalización de la mujer gestante?	171

II.IV. Argumento sobre una explotación mutuamente ventajosa para la mujer gestante.....	174
II.V. Argumento sobre el impacto simbólico de la maternidad subrogada.....	179
II.V.I. Impacto simbólico en la sociedad peruana	179
II.V.II. Impacto simbólico en la mujer gestante.....	183
II. IV. Conclusiones.....	187
III. Lineamientos o directrices para el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en el sistema de justicia peruano.....	190
III.I. Criterios de Evaluación Ex Ante.....	191
III.I.I. Determinación de la libertad efectiva de la mujer gestante	191
III.I.II. Evaluación de la equidad en el acuerdo de subrogación	195
III.I.III. Evaluación de los conflictos bioéticos y sus implicancias jurídicas	197
III.II. Criterios de Evaluación Ex Post.....	200
III.II.I. rminación de la filiación y patria potestad	203
III.II.I.I. Voluntad procreativa de las partes	205
III.II.I.II. pacidad de acción de la mujer gestante	208
III.II.II. Protección de los derechos de los niños y niñas.....	210
III.II.III. Evaluación del impacto de la maternidad subrogada en la sociedad peruana	217
III.II.III.I. gumento teleológico sobre la maternidad subrogada.....	218
III.II.III.II. Impacto simbólico de la maternidad subrogada en la mujer en la sociedad peruana	220
III.III. Propuesta metodológica para los casos de maternidad subrogada.....	224
CONCLUSIONES.....	230
RECOMENDACIONES.....	237
REFERENCIAS	244

ÍNDICE DE FIGURAS

Figura 1: Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (I).....	10
Figura 2: Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (II).....	11
Figura 3: Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (III).....	11
Figura 4: Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (IV)	11
Figura 5: Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (I)..	12
Figura 6: Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (II).	12
Figura 7: Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (III)	12
Figura 8: Consulta sobre el contenido del acuerdo legal en gestación subrogada..	12
Figura 9: Publicidad de servicios de agencias de gestación subrogada (I).....	13
Figura 10: Publicidad de servicios de agencias de gestación subrogada (II).....	13
Figura 11: Roles maternos en la maternidad subrogada.....	81
Figura 12: Combinaciones posibles de la maternidad subrogada tradicional.....	83
Figura 13: Combinaciones posibles de la maternidad subrogada gestacional.....	84
Figura 14: Principios y directrices en la bioética.....	125
Figura 15: Marco metodológico bifásico para la evaluación y resolución de casos de maternidad subrogada.....	225
Figura 16: Aplicación del marco metodológico en el caso de determinación de la filiación.....	226
Figura 17: Aplicación errada del marco metodológico propuesto.....	227

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1: Documentos Internacionales y derechos relacionados con la maternidad subrogada.....	27
Tabla 2: Jurisprudencia emblemática sobre maternidad subrogada a nivel internacional.....	54
Tabla 3: Marco legal vigente sobre maternidad subrogada en el Perú.....	63
Tabla 4: Jurisprudencia representativa sobre maternidad subrogada en el Perú....	73
Tabla 5: Evaluación de los mercados nocivos: Aplicación a la maternidad subrogada.....	132
Tabla 6: Normas Regulativas vs. Normas Constitutivas.....	146



INTRODUCCIÓN

“Hoy por hoy, dado el avance de estos últimos 40 años de la reproducción asistida, prácticamente no se habla de esterilidad, porque la esterilidad tiene una connotación de irreversibilidad que hoy realmente ya no está”

Rut Willner, 2020

La maternidad subrogada representa uno de los avances más significativos y controvertidos en el ámbito de las técnicas de reproducción médicamente asistida contemporáneas. Este procedimiento, que tuvo su primer antecedente documentado en 1976 mediante la iniciativa del abogado estadounidense Noel Keane a través de su organización *Surrogate Family Service Inc.*¹, ha experimentado una expansión global considerable (Arteta, 2011, p. 92). En el contexto latinoamericano, y particularmente en Perú, esta práctica ha adquirido una presencia cada vez más notable, operando como una vía alternativa para el ejercicio del derecho a la reproducción y a la formación de una familia.

En el Perú, las técnicas de reproducción asistida surgieron como respuesta médica a la infertilidad, que representa un problema de salud pública que afecta entre el 10% y el 15% de la población en edad fértil, es decir, entre uno y 1.5 millones de personas, según la Organización Mundial de la Salud (OMS) (Perú21a, 2024). Frente a esta situación, estas técnicas han permitido que aproximadamente 10 mil mujeres logren un embarazo cada año, generando cerca de 5 mil nacimientos anuales, como afirma el Dr. Díaz Pinillos, expresidente de la Sociedad Peruana de Fertilidad (Vargas, 2024). A saber, hoy en día, su aplicación se ha extendido gracias a los avances científicos y tecnológicos, permitiendo que personas sin diagnóstico de infertilidad también accedan a estas (Bladilo et al., 2017). Así, la subrogación ha emergido como una alternativa dentro de los proyectos de vida personales, al facilitar el acceso a la maternidad o paternidad más allá de limitaciones biológicas.

La relevancia de estudiar la maternidad subrogada en el contexto peruano, entonces, se sustenta en evidencia empírica que confirma la progresiva implementación de las técnicas de reproducción asistida en la sociedad. Según datos de la Red

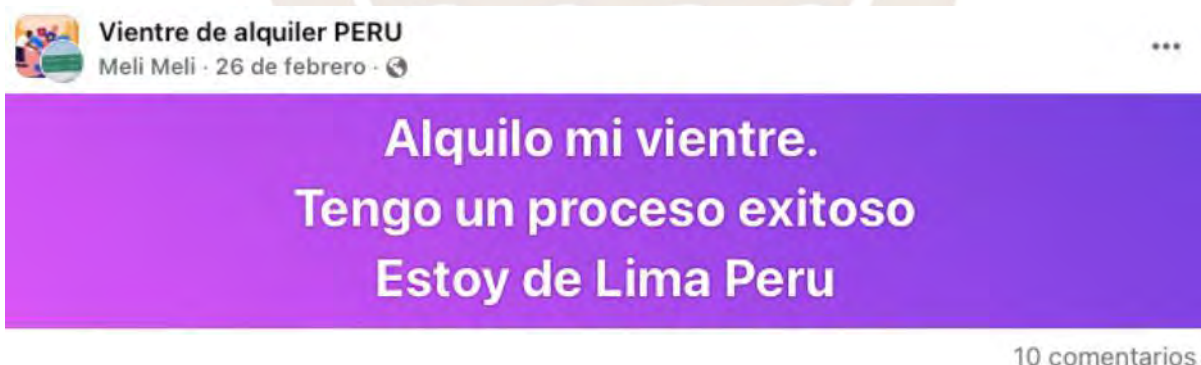
¹ El abogado radicado en Michigan fundó *Surrogate Family Service Inc.* con el objetivo de asistir a parejas con dificultades para concebir, facilitando el acceso a madres sustitutas y gestionando los procedimientos necesarios para llevar a cabo la subrogación (Arteta, 2011, p. 92).

Latinoamericana de Reproducción Asistida (REDLARA), para 2017 Perú alcanzó 6,779 ciclos y procedimientos de fertilidad asistida, equivalentes al 7% del promedio latinoamericano, posicionándonos como un país líder en la región, superando a países como Chile, Ecuador, Colombia y Uruguay (Perú21, 2020). Para el 2021, reportan más de 8,600 ciclos y procedimientos de fertilidad asistida al año, ubicando al país en el cuarto lugar de la región, por encima de Colombia (3,330) y Chile (5,400) (Perú21b, 2024). De esta manera, se evidencia que el número de ciclos y procedimientos asistidos aumenta significativamente, consolidando a Perú como uno de los países con mayor actividad en este ámbito en América Latina².

Estos datos evidencian que, con el transcurso del tiempo, la fertilidad asistida ha cobrado una relevancia creciente en el contexto peruano. Esta tendencia puede corroborarse asimismo mediante la proliferación de ofertas y demandas informales que circulan diariamente en redes sociales de acceso público. En estas se observan diversas propuestas provenientes tanto de padres y madres intencionales, como de gestantes subrogadas e incluso de clínicas especializadas en reproducción asistida. A continuación, se presenta una muestra representativa de dicha realidad.

Figura 1

Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (I)



² Este crecimiento responde tanto al retraso de la maternidad —con frecuencia después de los 35 años— como al desarrollo de tecnologías de alta complejidad, como la vitrificación de óvulos y la fecundación in vitro asistida por inteligencia artificial, que amplían el acceso a los tratamientos (Solar, 2024).

Figura 2

Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (II)

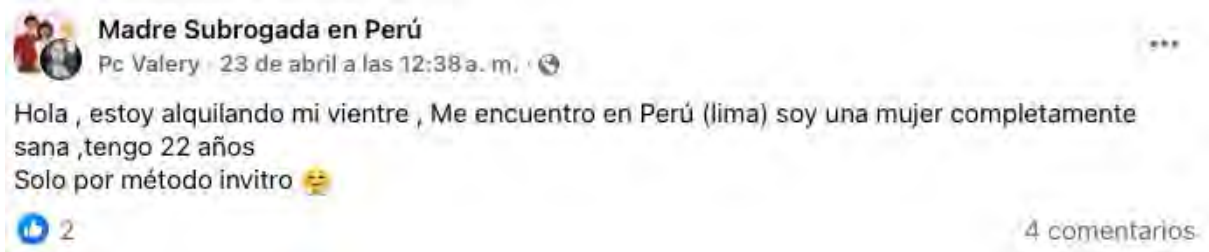


Figura 3

Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (III)

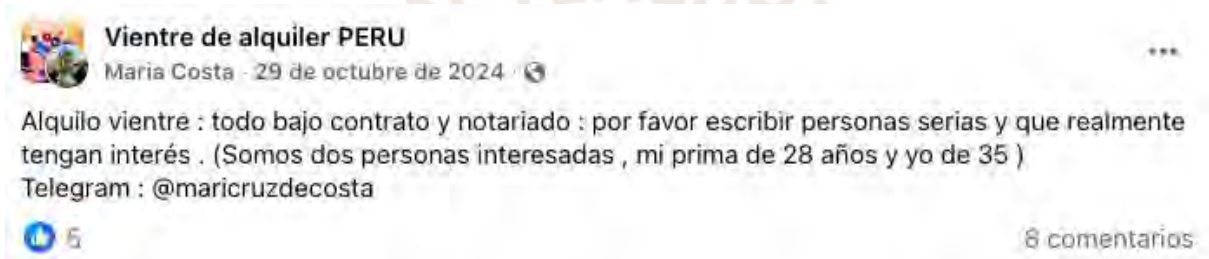


Figura 4

Anuncio de una mujer que ofrece su vientre en alquiler (IV)

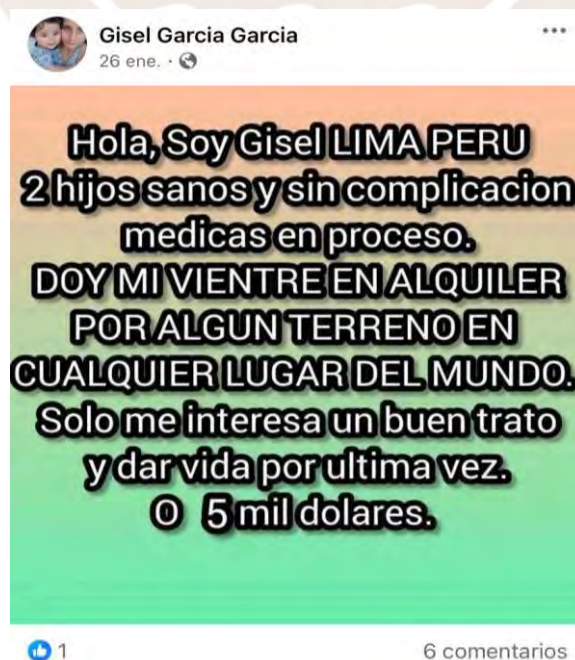


Figura 5

Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (I)

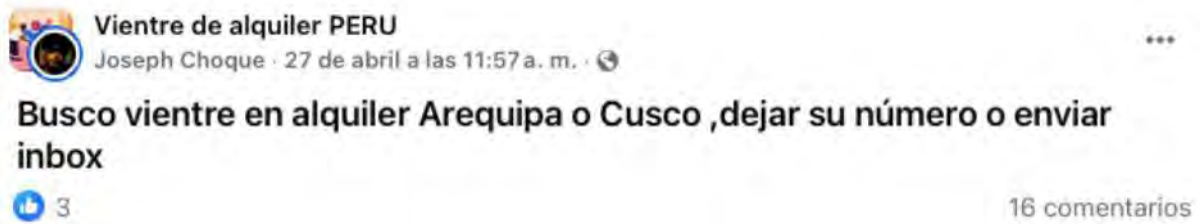


Figura 6

Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (II)



Figura 7

Anuncio de personas interesadas en contratar gestación subrogada (III)

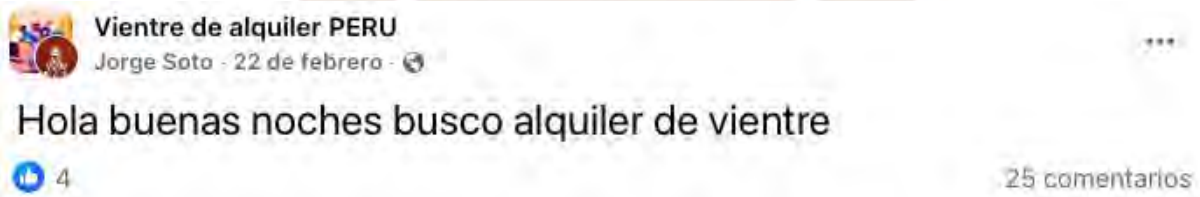


Figura 8

Consulta sobre el contenido del acuerdo legal en gestación subrogada

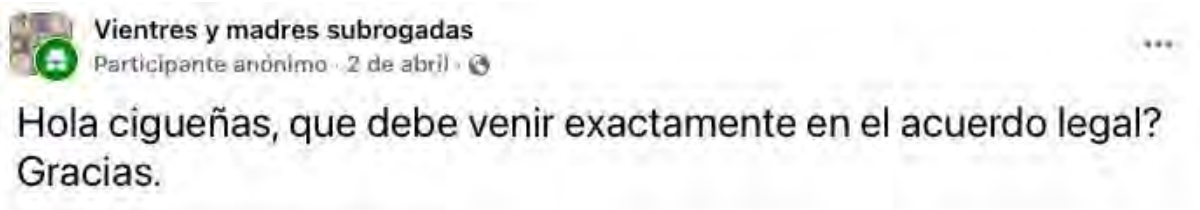


Figura 9

Publicidad de servicios de agencias de gestación subrogada (I)

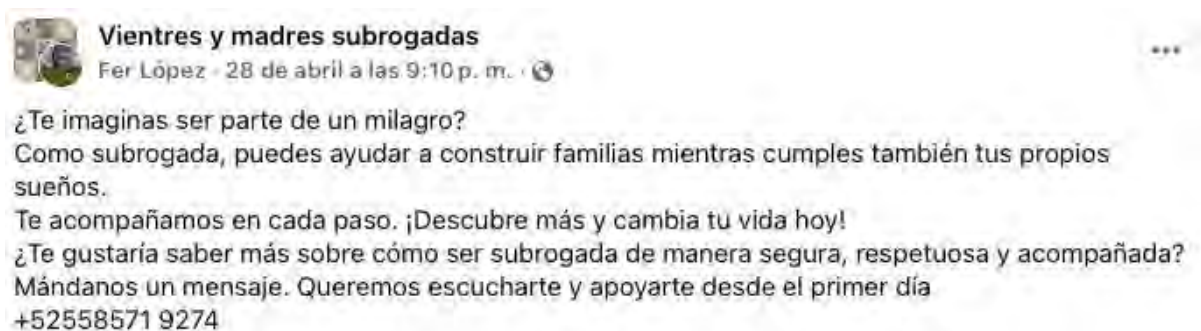


Figura 10

Publicidad de servicios de agencias de gestación subrogada (II)



Estas son solo algunas de las múltiples publicaciones que circulan diariamente, reflejando una dinámica informal en torno a la gestación subrogada. Muchas mujeres, entre los 22 y 35 años, se ofrecen como gestantes; algunas afirman tener experiencias previas exitosas, mientras que otras condicionan su participación a la firma de contratos notariados, en un intento por asegurar cierta protección legal. No obstante, es común encontrar propuestas por sumas bajas, lo que evidencia situaciones de necesidad económica y una preocupante precarización del rol gestante. Por su parte, los y las comitentes también publican frecuentemente solicitudes en redes sociales, generando una alta respuesta de mujeres interesadas. Esta abundante oferta fomenta una competencia informal que tiende a reducir los precios y debilita aún más las condiciones de quienes se ofrecen para gestar.

Esta situación refleja que, a pesar de la creciente relevancia social de estas prácticas, el ordenamiento jurídico peruano se caracteriza por una ausencia de regulación significativa en lo relativo a la maternidad subrogada. Esta ausencia normativa genera

un escenario de incertidumbre jurídica con implicaciones significativas para los derechos fundamentales de las personas involucradas. La situación se vuelve especialmente preocupante al considerar que la maternidad subrogada es una práctica socialmente extendida, visible tanto en casos judicializados como en la proliferación de acuerdos privados sin garantías legales adecuadas, como se ha evidenciado previamente.

La presente investigación se sitúa en la intersección entre los desafíos jurídicos y los dilemas bioéticos que plantea la maternidad subrogada, también denominada gestación por sustitución. Este fenómeno multidimensional exige un abordaje integral, ya que involucra aspectos legales, médicos, sociales y éticos. Como señalan González y Garcés, la terminología utilizada para referirse a esta práctica no es neutra, pues refleja posturas conceptuales respecto a un proceso que trasciende lo meramente gestacional, abarcando dimensiones fisiológicas, psicológicas y sociales³ (2019, p. 178). En este sentido, las técnicas de reproducción asistida han reformulado la comprensión tradicional de la maternidad y la paternidad, destacando el elemento volitivo como criterio central, más allá del vínculo biológico o genético.

La complejidad de esta práctica, entonces, no se limita a su regulación jurídica, sino que involucra profundas implicaciones bioéticas. La maternidad subrogada suscita interrogantes cruciales sobre la autonomía corporal, la dignidad humana, la posible mercantilización de la reproducción de los derechos de todas las personas involucradas, incluido el nasciturus. En este escenario, la bioética se configura como una herramienta indispensable para analizar racionalmente los dilemas que emergen, evaluando riesgos, beneficios, necesidades y tensiones. Desde esta perspectiva se proporciona un marco conceptual sólido que oriente la elaboración de una respuesta jurídica coherente y respetuosa de los derechos humanos.

Ante el panorama descrito, esta investigación se estructura en torno a la siguiente pregunta central: ¿Cuáles son los principales conflictos e implicancias jurídicas y bioéticas derivados de la ausencia de regulación específica sobre maternidad

³ La elección del término adecuado para referirse a la maternidad subrogada resulta compleja, ya que el término “maternidad subrogada” suele usarse junto a expresiones como “gestación por sustitución” o “vientre de alquiler”. Sin embargo, estas denominaciones resultan imprecisas, ya que reducen una experiencia compleja como la maternidad solo a su dimensión gestacional. Como señalan González y Garcés, este proceso implica aspectos fisiológicos, psicológicos y sociales que hacen evidente que se trata de una forma plena de maternidad, y no solo de gestación (2021, pp. 276-278).

subrogada en el sistema jurídico peruano, y qué lineamientos podrían proponerse para su adecuado tratamiento?

En consecuencia, el objetivo principal de la presente tesis radica en evaluar sistemáticamente los conflictos e implicancias jurídicas y bioéticas que emergen de la carencia regulatoria en materia de maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano. Este análisis se orienta a la formulación de lineamientos claros y fundamentados que puedan servir como herramientas prácticas y teóricas para la resolución, abordaje e investigación de casos relacionados con esta materia. Para alcanzar este objetivo general, se plantean los siguientes objetivos específicos:

- Examinar el marco normativo y jurisprudencial internacional y nacional en torno a la maternidad subrogada, identificando tendencias regulatorias y criterios interpretativos relevantes.
- Analizar la maternidad subrogada desde un enfoque bioético-jurídico, caracterizando sus modalidades y evaluando los principios bioéticos implicados, con especial atención a los contextos de vulnerabilidad y a las dinámicas de los mercados nocivos.
- Determinar si existe una prohibición efectiva de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano, especialmente a la luz de una interpretación constitucional del artículo 7 de la Ley General de Salud.
- Proponer lineamientos específicos para el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en el sistema de justicia peruano, contemplando criterios de evaluación tanto ex ante como ex post.

En cuanto a la herramienta metodológica, se emplea principalmente el análisis documental como herramienta para la recopilación de datos relevantes a partir de fuentes documentales y doctrinales que son clave para llevar a cabo la investigación empírica. Este enfoque se complementa con la técnica de análisis e interpretación de normas legales, tanto de alcance nacional como internacional, reconociendo la dimensión transfronteriza del fenómeno estudiado. Sumado a ello, se incorpora un análisis jurisprudencial de casos peruanos relacionados con la maternidad subrogada, con el propósito de comprender el impacto que estos han tenido tanto en el sistema jurídico como en la sociedad.

En el plano analítico, se adopta un enfoque bioético de mínimos, congruente con los objetivos de la investigación, que se articula con los principios fundamentales de la bioética y otros principios éticos pertinentes para realizar un análisis comprensivo del fenómeno. Esta perspectiva bioética se complementa con un análisis jurídico basado en la interpretación constitucional y en la doctrina de los derechos fundamentales, prestando especial atención a la proporcionalidad y al balance entre los diversos derechos e intereses en riesgo.

La presente tesis busca contribuir al debate jurídico en torno a las técnicas de reproducción asistida, específicamente, en los casos de maternidad subrogada en el Perú. Por lo cual, dada la complejidad inherente a estos procedimientos reproductivos, la investigación ha sido estructurada en tres capítulos que abordan el fenómeno de la maternidad subrogada desde diferentes perspectivas complementarias.

El primer capítulo, titulado "*Marco normativo y jurisprudencial en torno a la maternidad subrogada*", desarrolla un análisis descriptivo exhaustivo del panorama normativo internacional y nacional sobre este fenómeno. Se examina el marco de los derechos sexuales y reproductivos en instrumentos internacionales, así como un estudio comparado de los diversos enfoques legislativos a nivel global, clasificándolos entre aquellos que prohíben, permiten o no regulan específicamente esta práctica. Adicionalmente, se realiza un análisis jurisprudencial tanto internacional como nacional que permite comprender cómo los tribunales han interpretado y aplicado la normativa existente en casos concretos. Esta sección tiene como propósito ofrecer una visión más comprensiva de la situación normativa y jurisprudencial.

El segundo capítulo, titulado "*La maternidad subrogada desde un enfoque bioético-jurídico: principios y desafíos en el contexto de los mercados nocivos*", proporciona una caracterización conceptual de la maternidad subrogada y sus diversas modalidades. Se construye un marco analítico sustentado en los principios de la bioética, con especial énfasis en la autonomía relacional, los principios de beneficencia y no maleficencia, así como las consideraciones de justicia desde una perspectiva de vulnerabilidad e interseccionalidad. El capítulo culmina con un análisis de la maternidad subrogada en el contexto de los mercados nocivos, examinando sus fundamentos y consecuencias potenciales. La comprensión detallada de este

contexto permite abordar las complejidades asociadas con la gestación por sustitución.

El tercer capítulo, titulado "*La maternidad subrogada en el Estado Constitucional de Derecho: lineamientos para el caso peruano*", explora la interpretación constitucional de esta práctica dentro del ordenamiento jurídico peruano, en particular, abordando la referida prohibición implícita contemplada en la Ley General de Salud. A partir de este marco, se identifican y analizan las principales problemáticas que plantea la maternidad subrogada, las cuales se agrupan en cinco categorías temáticas.

En primer lugar, se examina la afectación directa que la subrogación puede tener sobre la noción misma de maternidad, considerando la naturaleza particular del trabajo reproductivo, el vínculo afectivo entre madre e hijo/a. En segundo término, se analizan las consecuencias que esta práctica puede tener sobre los derechos y el bienestar del niño o niña concebido/a mediante estos acuerdos- Ello incluye los riesgos asociados a su posible comercialización o utilización como mecanismo de trata de niños/as, así como los posibles problemas de identidad, cuestionamientos sobre la filiación y otras afectaciones psicológicas o legales.

En tercer lugar, aborda las implicancias éticas y jurídicas relacionadas con la instrumentalización o posible explotación de la mujer gestante, evaluando los riesgos de cosificación y a la vulneración de su dignidad. En cuarto término, se discute la noción de una supuesta "explotación mutuamente ventajosa" y el rol de terceras partes –como agencias o intermediarios/as– en estos acuerdos, lo cual plantea interrogantes sobre la equidad o el consentimiento informado. Por último, se considera el impacto social de la maternidad subrogada, analizando las posturas antagónicas en torno al rol reproductivo y cómo esta práctica puede contribuir al reforzamiento de estereotipos de género perjudiciales.

Finalmente, la última sección de este capítulo ofrece lineamientos bioético-jurídicos concretos para abordar la maternidad subrogada en el contexto peruano. Estas propuestas incluyen criterios de evaluación tanto *ex ante* como *ex post*, útiles para futuras regulaciones, decisiones de jueces/as, estrategias de defensa para abogados/as, como base para investigaciones académicas, entre otras. La estructura

propuesta busca ofrecer herramientas para enfrentar un fenómeno jurídico y social tan complejo como es la maternidad subrogada.

La estructura de la presente investigación culmina con una síntesis de sus hallazgos principales y propone recomendaciones generales para promover una eventual regulación de la maternidad subrogada en el Perú, que armonice los derechos fundamentales de todos/as los/as actores/as involucrados/as en estos procedimientos. Esto se realiza con especial énfasis en el interés superior del niño/a, la protección de la dignidad y autonomía de la mujer gestante. A través de un análisis crítico, se identifican los principales retos y posibilidades de esta práctica en el contexto nacional.

Ciertamente, los desafíos que plantea la maternidad subrogada no son temas sencillos de debatir ni de resolver, menos aún en un contexto tan complejo como la sociedad peruana. No obstante, esta discusión no está cerrada y, tal y como señalé con anterioridad, la presente tesis aspira ser un aporte sustantivo a la reflexión constitucional, al fortalecimiento del sistema de justicia, y al desarrollo de criterios para una eventual normativa en materia reproductiva. Además, pretende ser una herramienta útil para jueces/as, legisladores/as, abogados/as defensores/as, investigadores/as, estudiantes universitarios/as⁴, y demás personas interesadas en los derechos reproductivos y los desafíos bioéticos que esta práctica conlleva.

⁴ Por razones de economía del lenguaje y fluidez en la lectura, en adelante se utilizará el sustantivo masculino en su valor genérico para hacer referencia tanto a hombres como a mujeres. Esta decisión se fundamenta en las recomendaciones de Diego López Medina en su *"Manual de escritura jurídica"*, quien señala que si bien es importante evitar los excesos del sustantivo masculino genérico cuando invisibiliza la equidad, la repetición mecánica de ambos géneros puede sacrificar la calidad y eficiencia comunicativa (2018, pp. 140-141). Esta opción estilística no pretende desconocer la importancia de la equidad de género ni naturalizar estructuras patriarcales en el lenguaje, sino simplemente facilitar la comunicación escrita sin caer en construcciones que puedan resultar artificiales o que dificulten la lectura fluida del texto.

CAPÍTULO I: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL EN TORNO A LA MATERNIDAD SUBROGADA

En el presente capítulo, se establecerá el marco normativo y jurisprudencial aplicable a la maternidad subrogada. Con tal finalidad, el análisis se organizará en dos secciones principales: la primera abordará la subrogación en el ámbito internacional y la segunda se centrará en su tratamiento dentro del sistema jurídico peruano.

En la primera sección, se presenta un estudio del marco normativo internacional aplicable a la maternidad subrogada, en el cual se sistematizan los derechos fundamentales involucrados en esta práctica tanto en el sistema universal como en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos. Seguidamente, se analiza la legislación comparada en materia de gestación por sustitución, poniendo de relieve la ausencia de un consenso normativo a nivel internacional. Finalmente, se examina la jurisprudencia internacional relevante a partir de casos emblemáticos que han abordado el tratamiento jurídico de las técnicas de reproducción asistida con especial énfasis en aquellos vinculados a la maternidad subrogada.

En la segunda sección, centrada en el sistema jurídico peruano, se analizará tanto la legislación vigente aplicable a los casos de maternidad subrogada como la jurisprudencia desarrollada en torno a esta práctica. En tal sentido, se examinarán las disposiciones normativas relevantes y, posteriormente, se abordarán los principales precedentes jurisprudenciales que han sido significativos en el tratamiento de la gestación subrogada en el país.

Este capítulo tiene como objetivo proporcionar una comprensión integral del marco normativo y jurisprudencial que rige la maternidad subrogada, destacando las diferencias y similitudes entre el contexto internacional y el peruano. Una comprensión detallada del contexto normativo y jurisprudencial de la gestación subrogada sienta las bases necesarias para abordar de manera informada y crítica las cuestiones complejas y los desafíos jurídicos asociados. Por consiguiente, será necesario identificar no solo vacíos o inconsistencias en la normativa vigente, sino también anticipar posibles conflictos que podrían requerir atención en futuros desarrollos legales.

I. Gestación subrogada en el marco internacional

En el contexto internacional, resulta fundamental abordar tres aspectos esenciales para lograr una comprensión integral del alcance y las implicancias de la maternidad subrogada. En primer lugar, se examinará la normativa relativa a los derechos sexuales y reproductivos, que constituyen un componente central estrechamente vinculado a la práctica de la gestación por sustitución. Sin embargo, esta no se circunscribe únicamente a dichos derechos, por lo que se presentará un panorama más amplio que incluya el conjunto de derechos fundamentales involucrados.

En segundo lugar, se presenta un análisis comparado de las legislaciones de distintos países en materia de maternidad subrogada, identificando tanto similitudes como divergencias en su regulación. En tercer lugar, se examina la jurisprudencia internacional relevante, a través del estudio de casos emblemáticos, con el fin de evidenciar el impacto de las decisiones judiciales en la configuración normativa de esta práctica a nivel global. En conjunto, estas tres aproximaciones ofrecen una visión completa de los principales desafíos normativos y ético-jurídicos que plantea la gestación por sustitución en el escenario global.

I.I. Marco normativo internacional en torno a la maternidad subrogada

Actualmente, no se encuentra establecido ningún convenio, acuerdo o tratado internacional específico que regule exclusivamente la práctica de la gestación por sustitución. No obstante, es imperativo reconocer que todas aquellas técnicas de reproducción asistida, incluyendo la gestación subrogada, están intrínsecamente vinculadas con múltiples derechos humanos. Entre estos derechos se encuentra el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el acceso a nuevas tecnologías, los derechos relacionados a la salud sexual y reproductiva, entre otros (González & Garcés, 2021, p. 273). Por ello, en el ámbito del derecho internacional, el tratamiento de la maternidad subrogada emerge como un campo de creciente importancia y complejidad.

Este contexto evidencia que la gestación por sustitución afecta diversos derechos fundamentales, pero presenta un impacto particularmente significativo en aspectos vinculados con la salud sexual y reproductiva. Específicamente, estos derechos reproductivos se encuentran protegidos y regulados explícitamente como derechos

humanos en relación a la libertad individual (Dobernig, 2018, p. 257). De manera que cuentan con el respaldo de instrumentos internacionales de protección de derechos humanos.

Por consiguiente, es primordial llevar a cabo un análisis de los antecedentes que definen los derechos sexuales y los derechos reproductivos para identificar cómo estos derechos se reconocen como parte de los derechos humanos a nivel internacional. Adicionalmente, se identificará todos aquellos derechos que se relacionan con la gestación por sustitución, especificando la protección y reconocimiento que reciben en el marco jurídico internacional. Este aspecto es fundamental, ya que estos derechos se consideran elementos esenciales para garantizar su salvaguarda y respeto en diferentes contextos legales y sociales.

I.I.I. Antecedentes de los derechos sexuales y derechos reproductivos

Las Naciones Unidas han dirigido diversas conferencias internacionales relevantes que han transformado la manera en que se abordan las relaciones entre la población, el desarrollo y los derechos a nivel global. Este fue el caso de los eventos que se realizaron en Viena, El Cairo y Beijing, pues representan hitos significativos en el reconocimiento y la promoción, sobre todo, de los derechos reproductivos en la agenda internacional. De tal forma que se han generado sustanciales avances en la comprensión de garantizar estos derechos como vitales para el bienestar y la autonomía de las personas.

Durante la década de los años 90, estas conferencias mundiales han desempeñado un papel crucial al favorecer a la mujer en diversas esferas políticas, sociales, económicas y de salud al brindarles mayor facultad e independencia (Salazar, 2013, p. 9). En este sentido, en relación al ámbito de la salud, se buscó garantizar el derecho a la salud desde una orientación más amplia que incorpora la salud sexual y reproductiva.

Ahora bien, es importante señalar que tanto varones como mujeres son titulares de derechos reproductivos. No obstante, en el caso de las mujeres, el ejercicio de estos derechos adquiere una relevancia particular. Son ellas quienes enfrentan el costo biológico y gran parte del costo social asociado con la reproducción (Villanueva, 2009,

p. 99). Por lo tanto, resulta crucial enfocarnos en la situación de la mujer y sus derechos reproductivos.

En este contexto, es esencial explorar en las instancias internacionales los principales aportes y avances que han surgido en la protección de derechos en materia reproductiva. Esto permite comprender cómo los derechos reproductivos se han consolidado como una parte intrínseca e inalienable de la condición humana y de sus derechos. A través de un panorama integral de aquellos documentos que buscan mejorar la salud sexual y reproductiva, y buscando promover la igualdad de género y combatir la discriminación, se podrá analizar con profundidad la situación actual de protección en el Perú.

I.I.I.I. Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993)

El 25 de junio de 1993, representantes de 171 Estados se reunieron en Viena, Austria para la Conferencia Mundial de Derechos Humanos, donde aprobaron por consenso la Declaración y Programa de Acción de Viena (Naciones Unidas [ONU], s.f.a). Este documento compromete a los Estados participantes a promover y salvaguardar todos los derechos humanos de las personas. Dicha conferencia marcó un paso significativo en la consolidación de la labor en pro de los derechos humanos a nivel mundial al presentar un plan común para abordar estas cuestiones en todas las regiones del mundo.

Durante este encuentro, los Estados acordaron considerar cualquier vulneración de derechos contra las mujeres como una transgresión de los derechos humanos en su conjunto. La participación activa de las mujeres en este evento tuvo un impacto trascendental en la teoría de los derechos humanos. Se estableció que, al poder disfrutarse de estos derechos tanto en la esfera pública como privada, pueden ser vulnerados en ambos espacios (A/CONF.157/23, 1993, párr. 38). De esta manera, se extiende el enfoque de los derechos humanos, lo cual refleja el inicio de un compromiso con la igualdad de género y el respeto de los derechos de las mujeres en todas las esferas de su vida.

El resultado de esta conferencia no solo reafirmó la universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, sino que también exhortó a los Estados a fomentar y proteger todos estos derechos, independientemente de las

particularidades de sus sistemas internos (A/CONF.157/23, 1993, párr. 5). La Declaración y Programa de Acción de Viena reconoce los derechos de las mujeres como derechos humanos integrales, lo cual abarca tanto los derechos sexuales y reproductivos como sus componentes esenciales, marcando un avance significativo en la lucha por la igualdad de género a nivel global.

I.I.I.II. Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo de El Cairo - CIPD (1994)

En 1994 se llevó a cabo la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (en adelante CIPD) en El Cairo, durante la cual 179 gobiernos aprobaron el Programa de Acción de la CIPD. Este documento enfatiza que el desarrollo sostenible e inclusivo requiere priorizar los derechos humanos, incluidos los derechos reproductivos, así como el empoderamiento de las mujeres y niñas, abordando las desigualdades y necesidades individuales. Por lo que dicha conferencia representa un acontecimiento histórico que alteró la percepción global sobre la población y el desarrollo, estableciendo una agenda que coloca la dignidad y los derechos, en especial de las mujeres, en el centro del desarrollo sostenible (Fondo de Población de las Naciones Unidas [UNFPA], s.f.).

En esta conferencia se reconoce que, a pesar de las similitudes en las realidades entre varones y mujeres, las estructuras sociales perpetúan una posición de desventaja para las mujeres en comparación con los hombres. Razón por la cual, se destaca la importancia de promover el empoderamiento de la mujer y mejorar la situación de las niñas. Además, para la reducción de la pobreza, el mejoramiento de la salud y la elevación de la calidad de vida, se integra como estrategia primordial el derecho a la salud sexual y reproductiva.

Así las cosas, se define la salud reproductiva como un estado integral de bienestar físico, social y mental que abarca todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo, incluidas sus funciones y procesos. Es decir, la salud reproductiva no se restringe únicamente a la simple ausencia de enfermedades o dolencias (978-0-89714-025-6, 1994, párr. 7.2). De este modo, se reconoce el derecho a la libertad reproductiva, enfatizando la eminente necesidad de garantizar estos derechos reproductivos de las mujeres en instancias internacionales.

El Programa de Acción de la CIPD, en el párrafo 7.5, presenta objetivos clave en torno a conceptualizar de manera amplia los derechos reproductivos, los cuales engloban aspectos relacionados con la salud sexual:

- En primer lugar, busca garantizar el acceso a una amplia y veraz información, así como a una gama completa de servicios de salud reproductiva, incluyendo la planificación familiar. Además, estos servicios deben ser accesibles, aceptables y asequibles para todos los usuarios, lo que constituye un paso crucial hacia la promoción de la igualdad y el bienestar de las personas.
- En segundo lugar, propone fomentar y respaldar decisiones responsables y voluntarias sobre la procreación y los métodos de planificación familiar libremente elegidos. De igual forma, se respalda el uso de otros métodos para regular la fecundidad que no estén prohibidos por la ley, garantizando el acceso a la información, la educación y los recursos necesarios. Este enfoque se concibe como fundamental para empoderar a las personas para que tomen decisiones sobre su salud reproductiva, promoviendo así una mayor autonomía y dignidad.
- En tercer lugar, se plantea atender a las cambiantes necesidades en materia de salud reproductiva a lo largo de todo el ciclo vital, de modo que se respete la diversidad de circunstancias presentes en las distintas comunidades locales. De esta manera, se reconoce que este programa establece objetivos precisos y concretos para salvaguardar los derechos reproductivos, abordando integralmente tanto la salud sexual como la planificación familiar.

En consecuencia, estos objetivos buscan promover decisiones reproductivas responsables, garantizar el acceso a servicios de salud y atender las necesidades cambiantes a lo largo de la vida. En definitiva, el propósito central del Programa de Acción fue resaltar sus aportes en materia de derechos sexuales y reproductivos.

I.I.I.III. IV Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995)

Del 4 al 15 de septiembre de 1995, se realizó la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer en Beijing, China, donde 189 países aprobaron de forma unánime la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing. Esta conferencia, considerada la más significativa entre las cuatro conferencias sobre la mujer celebradas entre 1975 y

1995, representó un punto crucial en la agenda mundial sobre la igualdad de género (Naciones Unidas [ONU], s.f.b).

En el informe derivado del encuentro, se establece que los derechos reproductivos comprenden algunos derechos humanos reconocidos en leyes internacionales y nacionales sobre derechos humanos y demás documentos de las Naciones Unidas⁵. Además, especifica que estos derechos incluyen la capacidad esencial de todas las parejas e individuos para tomar decisiones autónomas y responsables sobre procreación. Esto incluye determinar el número de hijos, el espaciamiento entre nacimientos, el acceso a información, contar con los recursos necesarios y alcanzar el máximo nivel posible de salud sexual y reproductiva (A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 95). Este reconocimiento fundamental contribuyó en la progresiva defensa y promoción de los derechos reproductivos, asegurando la autonomía y el bienestar, principalmente, de las mujeres en todo el mundo.

La Conferencia de Beijing es de suma relevancia, tal y como lo indica el análisis de las cuatro Conferencias Mundiales realizadas por la División de la ONU para la Mujer, ya que marcó un cambio fundamental con la adopción del enfoque de género. Este evento generó cambios radicales al reconocer la necesidad de reevaluar toda la estructura de las sociedades, principalmente las relaciones entre mujeres y hombres. De esta manera, se reafirmó firmemente que los derechos de las mujeres son derechos humanos, siendo la igualdad de género un asunto beneficioso de interés universal (Naciones Unidas [ONU], s.f.b). Se destacó la importancia de una reestructuración profunda de la sociedad y sus instituciones para permitir que las mujeres ocuparan su papel de manera plena y en igualdad de condiciones en todas las áreas de su vida.

Estas tres conferencias son antecedentes del reconocimiento, garantía y promoción de los derechos sexuales y reproductivos a nivel internacional, pues establecieron una base sólida para su desarrollo, destacando su importancia en la lucha por la igualdad, la justicia y el desarrollo global. La Conferencia de Viena reafirmó los

⁵ El Plan de Acción de Beijing reafirma los derechos reproductivos consensuados en la CIPD de El Cairo en 1994. Es decir, la salud reproductiva también es considerada como aquel estado general de bienestar físico, social y mental, no limitándose únicamente a la ausencia de enfermedades o dolencias (A/CONF.177/20/Rev.1, párr. 94). Estas conferencias, con una serie de objetivos compartidos, marcaron un hito importante al unir a la comunidad internacional en un plan de acción efectivo para promover el avance del reconocimiento de derechos de las mujeres en todas partes del mundo.

principios de indivisibilidad, interdependencia y universalidad de los derechos humanos, lo que llevó a una revisión y ampliación del concepto mismo de derechos humanos. Por su parte, la CIPD de El Cairo fue trascendental al reconocer explícitamente el derecho a la libertad reproductiva como componente integral del desarrollo sostenible. Finalmente, la IV Conferencia Mundial de Beijing subrayó la importancia del empoderamiento de las mujeres y la garantía de su igualdad de género, pasando del reconocimiento de libertad reproductiva al de salud reproductiva.

I.I.II. Marco normativo internacional referente a los derechos involucrados en la maternidad subrogada

En el contexto del creciente debate en torno a la maternidad subrogada, resulta esencial examinar el marco jurídico internacional que aborda esta práctica. Cuando las personas optan por someterse a una técnica de reproducción asistida, se ven involucrados diversos derechos que deben ser protegidos tanto para quien se somete al tratamiento como para todas las personas que forman parte. Tal y como se señala en el Programa de Acción de El Cairo, los derechos reproductivos están estrechamente relacionados con determinados derechos humanos⁶.

Según lo establecido en la Declaración y Programa de Acción de Viena, los Derechos Humanos son universales, indivisibles e interdependientes y están interrelacionados entre sí. Por esta razón, los comités de Naciones Unidas encargados de supervisar la aplicación de los distintos tratados sobre Derechos Humanos abordan la cuestión de los derechos reproductivos (Villanueva, 2009, p. 95). El ejercicio de estos derechos, con libertad y respeto de la dignidad de las personas, permite que los individuos disfruten de una sexualidad sana, responsable y segura, minimizando los riesgos posibles.

En este apartado nos adentraremos en los principales instrumentos internacionales, tanto del sistema universal como interamericano, de los que el Perú es parte, orientados a la protección de los derechos fundamentales involucrados en la maternidad subrogada. Se presta especial atención al rol de la mujer y sus derechos

⁶ Se reconocen una serie de derechos y principios vinculados a las técnicas de reproducción asistida, como el derecho a la vida, la dignidad personal, la integridad personal, la libertad individual, la intimidad personal, el derecho a la salud (que incluye la libertad de decidir sobre funciones reproductivas), los derechos del niño, el derecho a la igualdad y no discriminación, el derecho a la familia, y el derecho a la autodeterminación, y, el derecho al libre desarrollo de la personalidad o la autonomía personal.

reproductivos en tanto resultan claves para abordar las dimensiones éticas, legales y sociales de esta práctica. A continuación, se muestra una tabla con los documentos internacionales más relevantes.

Tabla 1

Documentos internacionales y derechos relacionados con la maternidad subrogada

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
1948	Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)	<p>Derecho a la salud y al bienestar</p> <p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p> <p>Derecho a la intimidad y a la vida privada</p> <p>Derecho a la protección de la familia</p> <p>Derecho al libre desarrollo de la personalidad</p>	<p>El artículo 3 establece el derecho a la vida, la libertad y la seguridad personal. El artículo 7 al principio de no discriminación como parte del derecho a la igualdad, en línea con el principio de igualdad ante la ley. El artículo 12 el derecho a la intimidad, protegiendo de injerencias arbitrarias en la vida privada, familiar, etc., así como contra ataques a su honra o reputación. El artículo 16.3 reconoce a la familia como el elemento fundamental de la sociedad y su derecho a la protección por parte de la sociedad y el Estado.</p> <p>El artículo 22 reconoce el derecho al libre desarrollo de la personalidad, mientras que el artículo 25.1 garantiza el derecho a un nivel de vida adecuado, incluida la salud y el bienestar, tanto para la persona como para su familia. Por último, el artículo 25.2 destaca el derecho a cuidados y asistencia especiales para la maternidad y la infancia, así como la igual protección social para todos los niños, independientemente de su origen.</p>
1948	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	<p>Derecho a la constitución y a la protección de la familia</p> <p>Derecho de protección a la maternidad y a la infancia</p> <p>Derecho a la preservación de la salud y al bienestar</p>	<p>El artículo VI establece el derecho a constituir una familia, elemento esencial de la sociedad, y a recibir protección para ella. Resalta la institución familiar y la necesidad de garantizar su integridad y seguridad.</p> <p>El artículo VII protege específicamente a los niños y mujeres embarazadas o en período de lactancia, asegurando su derecho a recibir protección, cuidados y asistencia especiales. Reconoce la vulnerabilidad particular de estas personas y la necesidad de brindarles apoyo durante estas etapas cruciales de la vida.</p>

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
			<p>El artículo XI consagra el derecho a preservar la salud a través de medidas sanitarias y sociales que aborden aspectos como el vestido, la alimentación, la vivienda y la asistencia médica, ajustándose al nivel que puedan proporcionar los recursos públicos y comunitarios disponibles. Es importante garantizar condiciones de vida adecuadas para promover el bienestar y salud.</p>
1969	<p>Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) - Pacto de San José</p>	<p>Derecho a la intimidad y a la vida privada Derecho a la protección de la familia Derecho a la igualdad y no discriminación</p>	<p>Los artículos 1 y 2 obligan a los Estados a respetar los derechos, garantizar su ejercicio pleno y a adoptar las medidas legislativas para hacer efectivos estos derechos y libertades. El artículo 5.1 establece el derecho a la integridad física, psíquica y moral, mientras que el artículo 7.1 garantiza el derecho a la libertad y seguridad personal.</p> <p>El artículo 11.2 prohíbe las injerencias arbitrarias o abusivas en la vida privada y familiar. El artículo 17, incisos 1 y 2, resalta la importancia y protección de la familia al ser fundamental en la sociedad. Reconoce el derecho a contraer matrimonio y formar una familia, siempre que se cumplan las condiciones establecidas por la ley interna y sin afectar el principio de no discriminación. Este principio, derivado del derecho a la igualdad, se reafirma en su artículo 24.</p>
1976	<p>Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP)</p>	<p>Derecho a la intimidad y a la vida privada Derecho a la igualdad y no discriminación Derecho a la protección de la familia</p>	<p>En el preámbulo se reconoce que estos derechos emanan de la dignidad inherente a la persona humana. El artículo 2.1 y el 26 establecen el principio de no discriminación como derivación del derecho a la igualdad.</p> <p>El artículo 23.1 enfatiza el papel de la familia como un elemento natural y fundamental de la sociedad, otorgándole el derecho a la protección por la sociedad y el Estado. El artículo 17.1 prohíbe cualquier forma de injerencia arbitraria o ilegal en la vida privada y familiar de las personas.</p>
1976	<p>Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y</p>	<p>Derecho a la protección de la familia</p>	<p>El artículo 10 protege y respalda a la familia como el núcleo esencial de la sociedad, especialmente durante la formación y crianza de los hijos. Destaca la protección especial a las madres antes y después del parto. Por último, establece la</p>

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
	Culturales (PIDESC)	<p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p> <p>Principio del interés superior del niño</p> <p>Derecho a la salud en un sentido extendido</p>	<p>obligación de implementar medidas especiales para proteger y ayudar a todos los niños y adolescentes, sin importar su origen o cualquier otra condición.</p> <p>Exige a los Estados reconocer y garantizar progresivamente el máximo disfrute posible de la salud, como se reconoce en el artículo 12. El artículo 12.2 (a) señala medidas para reducir la tasa de mortalidad. Estas obligaciones se establecen al reconocer los derechos reproductivos, aunque no se menciona de manera explícita. Es decir, el PIDESC protege los derechos reproductivos incluso antes de que el Programa de Acción de El Cairo los aborde.</p>
1979	<p>Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW</p>	<p>Derecho a la salud en un sentido extendido y bienestar de la familia</p> <p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p> <p>Derecho a la intimidad y a la vida privada</p>	<p>El artículo 10 (h) dispone medidas para eliminar la discriminación de género en el acceso a información. Asegura la salud y el bienestar de la familia, y asesoramiento sobre planificación de la familia.</p> <p>Se establece que adoptarán todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer. El artículo 12.1 lo aborda en el ámbito de la atención médica, asegurando igualdad de acceso a servicios médicos, incluyendo planificación familiar. El artículo 14.2 (b) garantiza el acceso igualitario de las mujeres rurales a servicios de atención médica. El artículo 16.1, el derecho de las mujeres a decidir libremente sobre sus funciones reproductivas y a tener acceso a información y servicios para ejercerlo.</p> <p>Aunque no se emplea el término "derechos reproductivos", incluye disposiciones que protegen estos derechos. Por tanto, contiene regulaciones para proteger estos derechos antes del Programa de Acción de El Cairo.</p>
1988	Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de	<p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p> <p>Derecho a la salud en un</p>	<p>El artículo 3 señala una obligación de no discriminación. Los Estados deben garantizar los derechos sin discriminar por motivos de raza, género, religión u otras condiciones sociales. El artículo 10 abarca el derecho a la salud. Reconoce el derecho de todas las personas a disfrutar del más alto nivel de bienestar físico, mental y social.</p>

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
	<p>Derechos económicos, sociales y culturales</p> <p>-</p> <p>Protocolo de San Salvador</p>	<p>sentido extendido</p> <p>Derecho y protección de la familia</p>	<p>Finalmente, el artículo 15 reconoce el derecho a la constitución y protección de la familia. La familia es esencial y debe ser protegida por el Estado, asegurando el derecho de las personas a formar una familia y proporcionando protección especial a las madres y adolescentes.</p>
1989	<p>Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)</p>	<p>Principio del interés superior del niño</p> <p>Derechos del Niño</p>	<p>El artículo 3 establece que, en las decisiones sobre niños, las instituciones deben priorizar su interés superior. El artículo 7 garantiza que los niños sean registrados al nacer, tengan un nombre, nacionalidad, conozcan y sean cuidados por sus padres. El artículo 9.1 asegura que no sean separados de sus padres excepto cuando sea necesario, como en casos de maltrato. El artículo 16 protege la vida privada del niño y su familia contra injerencias ilegales o ataques. El artículo 24 reconoce su derecho a recibir el disfrute más elevado posible de salud, a servicios de atención médica y rehabilitación para mantener su salud. El artículo 27.1 reconoce su derecho a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social.</p>
1994	<p>Programa de Acción de la CIPD de El Cairo</p>	<p>Derechos reproductivos</p>	<p>Enfatiza los derechos humanos de las mujeres y aborda temas de población y desarrollo, definiendo los derechos sexuales y reproductivos para garantizar la convivencia y armonía entre hombres y mujeres, adultos y menores.</p> <p>El capítulo séptimo aborda los "derechos reproductivos y salud reproductiva". Define la salud reproductiva como un estado de bienestar físico, mental y social relacionado con el sistema reproductivo que incluye el disfrute de una vida sexual satisfactoria y segura, así como decidir sobre la procreación, decidir libremente el número de hijos, el espaciamiento entre ellos y disponer de información y medios para ello, sin discriminación o violencia.</p> <p>Reconoce que muchos enfrentan barreras para acceder a la salud reproductiva como la falta de información y servicios adecuados, discriminación y limitaciones en el poder de decisión de las</p>

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
			<p>mujeres. El Pacto introduce y define el término derechos reproductivos. Empero, no creó los derechos reproductivos, pues estos ya se encontraban reconocidos.</p>
1995	Declaración y Plataforma de Acción de Beijing	<p>Derechos reproductivos</p> <p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p>	<p>En la sección C, “la mujer y la salud”, se enfatiza sobre un concepto integral y amplio de salud sexual y reproductiva, que incluye la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y segura, así como la libertad para decidir sobre la procreación (párr. 94). Derecho a decidir libremente el número de hijos, su espaciamento y acceso a información y medios para ello, sin discriminación ni violencia (párr. 95).</p> <p>Promueve las relaciones de igualdad entre hombres y mujeres, así como la atención de la salud sexual y reproductiva. Reconoce que muchas personas enfrentan barreras para acceder a la salud reproductiva, por lo que se debe garantizar su ejercicio pleno, sobre todo a las mujeres (párr. 95). La mujer tiene derecho a controlar aspectos sobre su sexualidad y reproducción, sin ser sujeta a coerción, discriminación o violencia (párr. 96).</p>
1995	<p>Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer</p> <p>-</p> <p>Convención de Belém do Pará</p>	<p>Derecho a la vida, integridad física y psicológica</p> <p>Derecho a la igualdad y no discriminación</p>	<p>Sostiene que la erradicación de la violencia contra la mujer es de vital importancia para su desarrollo individual y social, así como para facilitar su participación equitativa y completa en todas las esferas de la vida. El artículo 1 define la violencia contra la mujer como cualquier acción o conducta, basada en su género, que cause muerte, daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico a la mujer, tanto en el ámbito público como en el privado. El artículo 7 (h) establece la condena de todas las formas de violencia contra la mujer por parte de los Estados parte. Además, acuerdan adoptar políticas dirigidas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia. Se especifica la necesidad de garantizar la investigación y recopilación de estadísticas sobre la violencia contra la mujer para evaluar la eficacia de las medidas tomadas y hacer los cambios necesarios.</p>

Año	Documento	Derechos y Principios	Derechos Fundamentales involucrados con la Maternidad Subrogada
2000	Consenso de Lima - VIII Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe	Derechos sexuales y reproductivos	Se llevó a cabo en Lima, Perú del 8 al 10 de febrero de 2000. Se evaluó los progresos y desafíos regionales en materia de equidad de género y derechos humanos. Los participantes se comprometieron a proteger los derechos de las mujeres, incluidos los derechos sexuales y reproductivos. También acordaron abordar las violaciones de estos derechos, prestando especial atención a todas las formas de violencia basadas en el género y a sus causas subyacentes, como la perpetuación de una cultura de violencia.

Fuente: Elaboración propia.

El análisis de la tabla precedente revela un recorrido histórico en la evolución de los derechos sexuales y reproductivos que se inicia con las Declaraciones de Derechos Humanos en 1948, donde se establecieron los cimientos para la protección de los derechos humanos en general. A pesar de que no comienza con un reconocimiento explícito de estos derechos, en esta fase inicial se tratan aspectos cruciales como el derecho a la salud, la igualdad y la no discriminación, la protección de la vida privada y de la familia, el libre desarrollo de la personalidad, entre otros. Estos aspectos se encuentran estrechamente vinculados con la salud sexual y reproductiva, estableciendo así los fundamentos para su ulterior reconocimiento y salvaguardia en documentos ulteriores.

A medida que avanzaba el siglo XX se produjo un creciente reconocimiento de la importancia de los derechos sexuales y reproductivos como parte integral de los derechos humanos. Esto se refleja en documentos como la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer de 1981 y el Programa de Acción de la CIPD de El Cairo de 1994, que establecieron disposiciones específicas para proteger y promover estos derechos.

Al respecto, La Porta subraya que el establecimiento de obligaciones deriva de la existencia previa de un derecho, lo que sugiere que los derechos humanos, incluidos los derechos sexuales y reproductivos, son inherentes y fundamentales antes de establecerse las obligaciones que los respaldan (La Porta, 1987, como se citó en

Villanueva, 2009, p. 93). Este enfoque resalta la importancia de reconocer y proteger estos derechos como parte integral de la condición humana y que las acciones dirigidas a garantizar su cumplimiento son una consecuencia directa de esta premisa.

El trayecto histórico trazado en el cuadro demuestra cómo los derechos sexuales y reproductivos han pasado de ser una preocupación periférica a ser reconocidos como una parte vital de la agenda de derechos humanos. Este proceso ha implicado un cambio en la concepción de la salud que ahora se comprende en un sentido más amplio que abarca aspectos vinculados con la sexualidad y la reproducción. Además, hay un reconocimiento cada vez mayor de la necesidad de garantizar la autonomía y la dignidad de todas las personas sobre su salud sexual y reproductiva.

El reconocimiento de los derechos reproductivos como parte integral de los derechos humanos ofrece una base sólida para abordar la maternidad subrogada de manera informada y efectiva. Al considerar los avances en este ámbito, se favorece una mejor comprensión de los desafíos que implica esta práctica y se promueve una protección efectiva de los derechos de todas las personas involucradas, en particular de las mujeres y los menores nacidos a través de estos procedimientos.

Finalmente, el recorrido histórico, que resalta la trascendencia de los derechos sexuales y reproductivos, demuestra que la maternidad subrogada debe analizarse junto a otros derechos humanos fundamentales, como el derecho a fundar una familia, a la protección de la maternidad e infancia, y a preservar la salud y el bienestar. No obstante, es menester señalar que la tabla presenta solo una parte de los instrumentos relevantes, pues también existen observaciones generales, opiniones consultivas, resoluciones y recomendaciones que abordan esta temática de manera amplia y pormenorizada.

A modo de ejemplo, la Observación General 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales destaca que el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud comprende la libertad sexual y reproductiva (párr. 8⁷). Asimismo, la Opinión

⁷ “El derecho a la salud no debe entenderse como un derecho a estar sano. El derecho a la salud entraña libertades y derechos. Entre las libertades figura el derecho a controlar su salud y su cuerpo, con inclusión de la libertad sexual y genésica, y el derecho a no padecer injerencias, como el derecho a no ser sometido a torturas ni a tratamientos y experimentos médicos no consensuales. En cambio, entre los derechos figura el relativo a un sistema de protección de la salud que brinde a las personas oportunidades iguales para disfrutar del más alto nivel posible de salud”.

Consultiva OC-24/17 de la Corte IDH reconoce como derechos fundamentales la identidad de género y la igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo (párr. 189⁸). La Recomendación General 24 del Comité CEDAW comenta sobre la mujer y la salud, y subraya el acceso a la atención de la salud reproductiva como un derecho básico (párr.1⁹). De igual forma, la Resolución N° 2003/28 de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas enfatiza que la salud sexual y reproductiva constituyen elementos esenciales del derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental (párr. 6¹⁰).

En su conjunto, existen múltiples instrumentos que reflejan la complejidad y la importancia de abordar adecuadamente los derechos humanos en el contexto de la maternidad subrogada, resaltando la necesidad de un enfoque integral y respetuoso de los derechos de todas las personas involucradas. En consecuencia, tanto en el Sistema Universal como en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos, se identifica una protección integral de todos aquellos derechos involucrados en un proceso de subrogación.

I.II. Legislación comparada en torno a la maternidad subrogada

La maternidad subrogada ha sido objeto de debate y regulación en diversos países, cada uno de los cuales, en ejercicio de su soberanía y ante la ausencia de un instrumento internacional específico, han adoptado normativas que responden a sus particularidades sociales, culturales y jurídicas. El análisis comparativo revela una amplia variedad de enfoques respecto a las técnicas de reproducción asistida, particularmente en lo relativo a la gestación por sustitución, cuyas regulaciones varían entre la prohibición, la imposición de sanciones, la aceptación total o parcial (ya sea de carácter oneroso o altruista) y la falta de regulación.

⁸ “En efecto, una interpretación restrictiva del concepto de “familia” que excluya de la protección interamericana el vínculo afectivo entre parejas del mismo sexo, frustraría el objeto y fin de la Convención. La Corte recuerda que el objeto y fin de la Convención Americana es “la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos”, sin distinción alguna”.

⁹ “El Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, afirmando que el acceso a la atención de la salud, incluida la salud reproductiva, es un derecho básico previsto en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, decidió, en su 20 período de sesiones, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 21, hacer una recomendación general sobre el artículo 12 de la Convención”.

¹⁰ “Insta también a los Estados a que protejan y promuevan la salud sexual y la salud reproductiva como elementos esenciales del derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental”.

Esta diversidad normativa evidencia que no existe un marco uniforme y que, incluso en países donde se permite la práctica, suelen imponerse restricciones o condiciones específicas. Por ello, en esta investigación se optará por una clasificación basada en tres enfoques o situaciones legislativas predominantes: prohibición, aceptación y ausencia de regulación, las cuales serán analizadas detalladamente en las secciones siguientes.

I.II.I. Enfoques legislativos: Prohibición

Dentro del panorama de la regulación de la maternidad subrogada, existen países que han optado por un enfoque legislativo de la prohibición. Los Estados han optado por la restricción total de esta práctica, como es el caso de países de Europa como España, Suecia, Alemania, Italia, Francia, Finlandia y Austria (González & Garcés, 2021, p. 278). Estas prohibiciones pueden estar acompañadas de sanciones legales, tanto civiles como penales, para todo aquel que participe en estos procedimientos.

Los argumentos más frecuentes que respaldan la prohibición de la gestación subrogada suelen basarse en consideraciones éticas, morales y religiosas que cuestionan su legitimidad y compatibilidad con principios fundamentales como la dignidad humana, la integridad corporal y la preservación del orden natural. Asimismo, se alega que esta práctica podría propiciar la comercialización de bebés y la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad, dado que, en muchos casos, beneficia principalmente a personas o parejas de altos ingresos (Puigpelat, 2010, p. 173). En este sentido, se evidencia una preocupación por la posible mercantilización del cuerpo humano y el aprovechamiento económico de mujeres en situaciones de vulnerabilidad socioeconómica. Por lo tanto, para comprender la implementación de estos argumentos en la práctica, a continuación, se examinarán las características normativas de algunos países que prohíben esta práctica.

A. Francia

En el caso de Francia, el Comité Consultivo Nacional de Ética ha expresado su oposición a la práctica de la gestación subrogada. Se argumenta que esta podría conducir a la explotación de las mujeres involucradas con fines comerciales y que va en contra de la dignidad, además de plantear riesgos de secuelas emocionales graves para los concebidos. De acuerdo con la legislación francesa, cualquier acuerdo

relacionado con la gestación por sustitución se considera nulo por razones de orden público, tal y como se establece en el artículo 16.7 del Código Civil francés¹¹.

Asimismo, su Código Penal establece penas de prisión y multas para aquellos que actúen como intermediarios entre la gestante y el comitente, y estas penas se duplican en caso de lucro, conforme lo señala su artículo 227.12¹². Esta postura legal coincide con opiniones doctrinales en Francia que consideran delito el enriquecimiento mediante la intermediación de una gestante. El Código Penal también castiga en su artículo 227.13 la sustitución voluntaria, la simulación o el engaño que afecten el estado civil de un niño, así como cualquier tentativa en este sentido¹³. Además, sanciona en su artículo 511.24 cualquier actividad de reproducción médicamente asistida con fines distintos a los definidos por la ley correspondiente, el Código de Salud Pública¹⁴ (Ávila, 2017, p. 328)¹⁵.

¹¹ “Artículo 16.7.- Toute convention portant sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui est nulle” [Es nulo todo contrato relativo a la procreación o gestación por cuenta de otro].

¹² “Artículo 227.12.- Le fait de provoquer soit dans un but lucratif, soit par don, promesse, menace ou abus d'autorité, les parents ou l'un d'entre eux à abandonner un enfant né ou à naître est puni de six mois d'emprisonnement et de 7 500 euros d'amende. Le fait, dans un but lucratif, de s'entremettre entre une personne désireuse d'adopter un enfant et un parent désireux d'abandonner son enfant né ou à naître est puni d'un an d'emprisonnement et de 15 000 euros d'amende. Est puni des peines prévues au deuxième alinéa le fait de s'entremettre entre une personne ou un couple désireux d'accueillir un enfant et une femme acceptant de porter en elle cet enfant en vue de le leur remettre. Lorsque ces faits ont été commis à titre habituel ou dans un but lucratif, les peines sont portées au double. La tentative des infractions prévues par les deuxième et troisième alinéas du présent article est punie des mêmes peines” [El que induzca a los padres o a uno de ellos al abandono de un hijo nacido o por nacer, ya sea con ánimo de lucro o mediante regalo, promesa, amenaza o abuso de autoridad, se castiga con seis meses de prisión y multa de 7.500 euros. Actuar como intermediario con ánimo de lucro entre una persona que desea adoptar un niño y un padre que desea abandonar a su hijo nacido o no nacido se castiga con un año de prisión y una multa de 15.000 euros. Las penas previstas en el párrafo segundo se impondrán a quien se interponga entre una persona o una pareja que desee acoger un niño y una mujer que acepte gestarlo para entregárselo. Cuando estos actos se cometan habitualmente o con ánimo de lucro, las penas se duplicarán. La tentativa de comisión de los delitos previstos en los párrafos segundo y tercero de este artículo se castiga con las mismas penas].

¹³ “Artículo 227.13.- La substitution volontaire, la simulation ou dissimulation ayant entraîné une atteinte à l'état civil d'un enfant est punie de trois ans d'emprisonnement et de 45 000 euros d'amende. La tentative est punie des mêmes peines” [La sustitución voluntaria, simulación u ocultación que suponga un atentado contra el estado civil de un menor se castigará con tres años de prisión y multa de 45.000 euros. La tentativa se castiga con las mismas penas].

¹⁴ “Artículo 511.24.- Le fait de procéder à des activités d'assistance médicale à la procréation à des fins autres que celles définies à l'article L. 2141-2 du code de la santé publique est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 75 000 euros d'amende” [Realizar actividades de procreación médicamente asistida con fines distintos a los definidos en el artículo L. 2141-2 del Código de Salud Pública se castiga con cinco años de prisión y multa de 75.000 euros].

¹⁵ Es importante destacar que, al analizar el marco legislativo de diversos países, me centro en la situación legislativa del país, no obstante, la respuesta jurisprudencial a dicha legislación puede ser variada considerando las diversas aristas que involucra la maternidad subrogada. Este es el caso de Francia, donde la prohibición de la gestación subrogada ha llevado, durante años, a la negativa de inscribir en el registro civil a los niños nacidos en el extranjero mediante esta técnica. Esto generaba

B. España

Por su parte, España cuenta con la Ley 14/2006 sobre técnicas de reproducción humana, que prohíbe expresamente la maternidad subrogada y declara la nulidad de cualquier contrato relacionado con la gestación por sustitución. En virtud de esta legislación, se establece que la filiación materna será determinada exclusivamente a través del parto¹⁶. A pesar de esta prohibición, España reconoce la filiación de los menores nacidos por este método en otros países, reconociendo su estatus dentro de su territorio nacional.

Los detractores de esta técnica de reproducción argumentan que viola la dignidad de la persona, fundamentando su razonamiento en el artículo 10, inciso 1, de la Constitución Española¹⁷, lo que justifica la nulidad de estos contratos. Este argumento se basa en la premisa de que, al ceder su cuerpo para la gestación a cambio de una compensación económica, la mujer vulnera su dignidad como individuo, lo que invalida cualquier consentimiento otorgado. A pesar de estas restricciones legales, ciudadanos españoles y de otros países europeos que no encuentran respaldo en su legislación, han recurrido al “turismo reproductivo”¹⁸ para acceder a la maternidad

incertidumbre jurídica y vulneraba derechos fundamentales, como el acceso a la nacionalidad, la educación y la salud. Sin embargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que esta negativa afectaba el derecho a la identidad y el interés superior del niño, obligando a Francia a permitir la inscripción de estos menores, pese a la prohibición de la gestación subrogada en su territorio. Un caso representativo es *Menesson contra Francia*, donde una pareja francesa recurrió a la gestación subrogada en Estados Unidos. A su regreso, las autoridades francesas se negaron a inscribir a las gemelas en el registro civil, argumentando que la práctica contravenía el orden público. Esta decisión las dejó en una situación de desprotección legal, impidiéndoles acceder a derechos básicos. En 2014, el TEDH falló a favor de las menores, señalando que la negativa violaba el derecho al respeto de la vida privada y familiar, garantizado en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. Como consecuencia, Francia tuvo que adaptar su postura y permitir la inscripción de estos niños, asegurando su reconocimiento legal y protección jurídica (Farnós, 2022). Este caso evidencia que la prohibición de la gestación subrogada no puede justificar la vulneración de los derechos fundamentales de los menores.

¹⁶ “Artículo 10.- Gestación por sustitución.1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¹⁷ “Artículo 10.- inciso 1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”.

¹⁸ Esta práctica consiste en que personas viajan desde su país hacia otro donde las técnicas de reproducción asistida son accesibles, ya sea por estar prohibidas en su lugar de origen, por exclusiones legales (como edad, estado civil u orientación sexual), largas listas de espera, mejor calidad de atención o menor costo. Sin embargo, plantea serias preocupaciones éticas y sociales: solo es viable para quienes tienen los recursos suficientes, puede implicar riesgos sanitarios, fomentar la explotación de mujeres en países empobrecidos y promover la comercialización de la reproducción humana.

subrogada como una opción para tener hijos (Dobernig, 2018, p. 275).

C. Estados Unidos

En Estados Unidos, la legislación relativa a la maternidad subrogada se maneja de forma unitaria en cada estado federal. Varios estados han adoptado posturas diversas con respecto a esta práctica, siendo importante destacar que la mayoría de estas leyes rechazan el pago a la mujer que actúa como gestante. Por un lado, en Arizona, el Distrito de Columbia, Indiana, Michigan y Dakota del Norte se prohíbe la maternidad subrogada, independientemente de si existe o no una compensación económica involucrada (Dobernig, 2018, p. 278). Por lo que, para sumarle rigidez a tal situación, se establecen sanciones civiles y penales para quienes participen en acuerdos de este tipo.

En contraste, estados como Kentucky, Louisiana, Nebraska, Nueva York, Carolina del Norte y Washington rechazan la maternidad subrogada cuando implica algún tipo de compensación financiera. Además, algunos de estos estados han prohibido el pago a agencias intermediarias que facilitan el contacto entre mujeres gestantes y padres solicitantes, como es el caso de Arizona, el Distrito de Columbia, Kentucky y Nueva York (Dobernig, 2018, p. 278).

D. México

En México, conforme a lo establecido en la Constitución Nacional, cada Estado posee competencia para regular diversos asuntos en su propio territorio¹⁹. Como resultado, se cuenta con un Código Civil específico para cada Estado, además de un código general para el Estado de México. Esta diversidad normativa conlleva a que no existe

Finalmente, debe resaltarse que no es adecuado llamar “turismo reproductivo” al fenómeno del desplazamiento internacional para acceder a estas técnicas, ya que este término trivializa las motivaciones personales de quienes recurren a estos tratamientos. Por ello, entidades como la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) proponen emplear una expresión más neutral y precisa: *Cross-border reproductive care* (CBRC), traducida como “atención reproductiva transfronteriza” (Lamm, 2013, pp. 193-194). No obstante, para efectos de la presente tesis, se continuará utilizando el término “turismo reproductivo”, por tratarse de una expresión más reconocible y extendida en el discurso académico y el debate público, pero se colocará entre corchetes para indicar que no se considera la forma terminológicamente más adecuada.

¹⁹ “Artículo 124.- Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados”. Esto implica que todo lo que no esté expresamente asignado a la Federación es competencia de los Estados, y como la materia civil no está atribuida exclusivamente a la Federación, los estados tienen facultades para legislar en dicha materia.

una uniformidad en cuanto a la regulación de la maternidad subrogada, dado que los diversos códigos civiles ofrecen soluciones diferentes.

Por ejemplo, en el caso de Querétaro se estipula en el artículo 400 del Código Civil que las parejas adoptantes de embriones no pueden recurrir a la maternidad subrogada ni alquilar un vientre para la gestación del embrión²⁰. Por su parte, en Coahuila se establece en los artículos 489²¹ y 491²² que cualquier pacto o convenio relacionado con la procreación o gestación realizada en nombre de otra persona carece de validez. En consecuencia, el contrato de maternidad subrogada se considera nulo y no produce efectos legales. Además, si un óvulo fecundado es implantado en una mujer que no proporcionó el material genético, la maternidad se atribuye a esta última y no a la que donó el óvulo (Ávila, 2017, p. 336).

La prohibición de la maternidad subrogada en los países mencionados refleja la diversidad de enfoques legales y éticos frente a esta práctica, que van desde la prohibición absoluta hasta regulaciones con restricciones específicas. Estas diferencias evidencian la complejidad del tema, en el que convergen preocupaciones sobre la dignidad humana, la posible explotación de mujeres y la protección de los derechos de los menores nacidos por este medio. La falta de uniformidad normativa responde, en gran medida, a las distintas concepciones culturales y éticas que cada sociedad adopta frente a una práctica tan controvertida.

I.II.II. Enfoques legislativos: Aceptación

En lo que respecta al enfoque legislativo de la aceptación, el derecho comparado revela una diversidad de posturas respecto a la legalización de la maternidad subrogada en distintos países. Algunas naciones han optado por legalizar y regular esta práctica, reconociendo el derecho de las personas a recurrir a la gestación subrogada como una alternativa reproductiva legítima. Entre estos países podemos

²⁰ “Artículo 400.- Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión. En la adopción de embriones queda prohibido seleccionar el sexo del niño a adoptar, ni se podrá rechazar el producto si éste nace con alguna enfermedad o defecto físico”.

²¹ “Artículo 489.- Todo pacto o convención que verse sobre la procreación o gestación realizado en nombre de otra persona es inexistente”.

²² “Artículo 491.- El contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”.

destacar al Reino Unido, algunos estados de Estados Unidos, India, Grecia, Holanda, Rusia, Israel, entre otros (Carracedo, 2015, p. 227). Bajo este enfoque legislativo, estos países permiten y regulan la práctica de la gestación subrogada dentro de ciertos límites y condiciones establecidos por la ley.

Dentro de las jurisdicciones que permiten la maternidad subrogada, se pueden discernir varias posturas, entre las cuales se puede identificar dos principales categorías. Por un lado, un grupo cuya legislación establece un procedimiento mediante el cual los padres intencionales adquieren la paternidad del menor nacido a través de un acuerdo que transfiere la filiación después del parto, como es el caso del Reino Unido. Por el otro, existe un segundo grupo que requiere una aprobación previa del acuerdo, la cual debe ser presentada por los padres intencionales y la gestante ante una entidad competente para su evaluación y aprobación antes de iniciar cualquier tratamiento, tal como sucede en Israel (Ávila, 2017, pp. 329-330).

En lugar de prohibir la maternidad subrogada en su totalidad, estas naciones reconocen su existencia y la regulan para garantizar la protección de los derechos de todas las partes involucradas. Es importante destacar que, aunque estos países aceptan la maternidad subrogada, su regulación puede variar significativamente en términos de requisitos legales, derechos y responsabilidades de las partes, procesos de supervisión y seguimiento. En las siguientes líneas, se examinarán con mayor detalle las diferentes aproximaciones adoptadas.

A. Reino Unido

El Reino Unido, reconocido por ser pionero en el campo de la reproducción asistida, marcó un hito en 1978 con el nacimiento de Louise Brown, la primera niña concebida mediante fecundación in vitro. La legislación vigente en esta materia es la Fertilisation and Embryology Act de 2008, empero existe legislación desde 1990. Esta regulación es complementada por instrumentos como la Surrogacy Arrangements Acts de 1985, la Adoption and Children Act de 2002 y la Fertilisation and Embryology (Parental Order) Regulations de 2010.

La Surrogacy Arrangements Acts regula la maternidad subrogada, permitiendo su práctica, pero prohibiendo el pago por el procedimiento, al considerar que estos

acuerdos no deben ser objeto de transacciones comerciales²³. En consecuencia, penaliza la publicidad y la intermediación por parte de agencias que busquen lucrarse con estos procedimientos²⁴. No obstante, se permite la gestación por sustitución cuando está justificada por razones médicas y no implica la ejecución de un contrato comercial.

Este servicio debe ser prestado de manera gratuita y directa, permitiendo únicamente el pago de una compensación razonable a la gestante para cubrir los gastos derivados de la gestación, siempre que no comprometa la esencia de gratuidad del proceso. Esta regulación ha establecido un sólido marco legal que, mediante decisiones judiciales, ha consolidado la maternidad subrogada como una práctica aceptada en el país, siempre que no se desvíe hacia actividades comerciales (Dobernig, 2018, p. 280).

B. Australia

En el contexto del sistema federal de Australia prevalece el enfoque legislativo de aceptación que distingue claramente entre la modalidad comercial y altruista de la maternidad subrogada. En este sentido, se imponen penas de prisión en muchos casos para la primera²⁵, mientras que se permite la segunda²⁶, en ambos casos con

²³ “Artículo 2.- Negotiating surrogacy arrangements on a commercial basis, etc. No person shall on a commercial basis do any of the following acts in the United Kingdom [...]” [Negociar acuerdos de subrogación sobre una base comercial, etc. Ninguna persona realizará de forma comercial ninguno de los siguientes actos en el Reino Unido].

²⁴ “Artículo 3.- Advertisements about surrogacy.- (1) This section applies to any advertisement containing an indication (however expressed)— (a) that any person is or may be willing to enter into a surrogacy arrangement or to negotiate or facilitate the making of a surrogacy arrangement, or (b) that any person is looking for a woman willing to become a surrogate mother or for persons wanting a woman to carry a child as a surrogate mother [...]”. [Anuncios sobre la subrogación.- (1) Esta sección se aplica a cualquier anuncio que contenga una indicación (como se exprese)— (a) que cualquier persona está o puede estar dispuesta a celebrar un acuerdo de subrogación o a negociar o facilitar la elaboración de un acuerdo de subrogación, o (b) que cualquier persona está buscando una mujer dispuesta a convertirse en madre sustituta o personas que quieran que una mujer tenga un hijo como madre sustituta].

²⁵ En Nueva Gales del Sur (New South Wales), la *Surrogacy Act 2010* prohíbe la subrogación comercial y penaliza incluso los acuerdos comerciales realizados en el extranjero, como indica su división 2, inciso 8, sobre delitos en relación con los acuerdos de subrogación: “A person must not enter into, or offer to enter into, a commercial surrogacy arrangement. Maximum penalty: 2,500 penalty units, in the case of a corporation, or 1,000 penalty units or imprisonment for 2 years (or both), in any other case” [Una persona no debe celebrar, ni ofrecer celebrar, un acuerdo de subrogación comercial. Pena máxima: 2.500 unidades de pena, en el caso de una corporación, o 1.000 unidades de pena o prisión por 2 años (o ambos), en cualquier otro caso].

²⁶ En Tasmania, la *Surrogacy Act 2012* permite la subrogación altruista para todas las personas, independientemente de su estado civil o orientación sexual. Se indica: “An Act to provide for the transfer of parentage of children in relation to whom certain non-commercial surrogacy arrangements are made before their birth, to prohibit commercial surrogacy arrangements and certain associated actions, and

reservas sobre la publicidad. Con excepción de Victoria y Western Australia, que cuentan con un proceso de aprobación previa, las leyes australianas se inspiran en el Reino Unido y establecen la transferencia de la filiación a través de una orden parental, la cual se basa en el consentimiento a lo largo de un proceso con supervisión judicial.

Por lo tanto, la regulación de la maternidad subrogada en Australia, salvo en el Territorio del Norte, es rigurosa en todos sus territorios, adoptando una postura de aceptación que penaliza la modalidad comercial. En lugares como el Australian Capital Territory, así como en los estados de Queensland y New South Wales, incluso se establecen sanciones para los actos realizados fuera de su jurisdicción por personas residentes en dichos lugares (Ávila, 2017, pp. 334-335).

C. Rusia

En el caso de Rusia, la regulación de la maternidad subrogada se apoya en diversas leyes, incluyendo el Código de Familia de 1995, la Ley Federal de Salud de 2011, la Ley Federal sobre Actos de Registro del Estado Civil de 1997 y la Orden N° 67 del Ministerio de Salud Pública de 2003 sobre la aplicación de técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina. La ausencia de regulación de los pagos sugiere que la gestación por sustitución con fines comerciales está permitida, aunque las compensaciones suelen mantenerse en secreto, lo que podría generar problemas legales y fiscales.

En cuanto a los requisitos para ser gestante, se exige tener entre 20 y 35 años, haber tenido al menos un hijo sano y gozar de buena salud. En el caso de gestantes casadas, se requiere el consentimiento de sus esposos. La maternidad subrogada gestacional es la única permitida, prohibiendo a la gestante aportar su propio material genético. Los comitentes pueden ser parejas casadas, no casadas o mujeres solteras; sin embargo, no hay disposiciones que aborden la participación de hombres solteros (Ávila, 2017, p. 333). No existen restricciones que impidan a la gestante interrumpir el embarazo.

for related matters” [Una Ley que disponga la transferencia de la paternidad de hijos en relación con los cuales se hacen ciertos acuerdos de subrogación no comercial antes de su nacimiento, para prohibir los acuerdos de subrogación comercial y ciertas acciones asociadas, y para asuntos relacionados].

En cuanto a la filiación, se requiere el consentimiento de la gestante para que los comitentes sean reconocidos como padres legales, lo que refleja el principio de que la madre siempre es cierta (*mater semper certa est*). Si la gestante otorga su consentimiento, los derechos y responsabilidades serán equivalentes a los de una concepción natural. No obstante, si la gestante decide conservar al recién nacido, ella y su esposo, en caso de tenerlo, serán registrados como los padres legales (Ávila, 2017, p. 333).

D. India

En el sistema legal indio, la maternidad subrogada ha transitado de una etapa de amplia aceptación basada en la ausencia de prohibiciones normativas específicas, hacia un modelo regulado que permite exclusivamente la subrogación altruista. Durante varios años, India fue reconocida como un destino líder en gestación subrogada internacional, por su marco flexible, los bajos costos y la disponibilidad de mujeres gestantes. Esta situación generó un auge del denominado “turismo reproductivo”, en el que parejas extranjeras, sin importar su orientación sexual o estado civil, acudían al país para acceder a esta práctica (Ávila, 2017, p. 334).

En ausencia de una ley específica, las pautas aplicadas se basaban en las *Guías nacionales para la acreditación y regulación de clínicas de reproducción asistida*, las cuales establecían requisitos para ser gestante, permitían acuerdos de compensación entre las partes, y limitaban el número de gestaciones permitidas. Asimismo, la filiación se atribuía legalmente a los comitentes, quienes eran reconocidos como padres en el certificado de nacimiento, siempre que hubieran otorgado su consentimiento previo. A partir del 2012, India introdujo restricciones a través de un sistema de visas médicas que condicionó el acceso a esta práctica por parte de extranjeros, exigiendo que fueran parejas casadas por al menos dos años y contaran con una carta de su embajada que reconociera al menor como hijo biológico (Ávila, 2017, p. 334).

Finalmente, en respuesta a preocupaciones éticas y sociales, el Estado promulgó la *Surrogacy (Regulation) Act* en diciembre de 2021, que entró en vigor en 2022. Esta norma prohíbe la subrogación comercial y permite únicamente la modalidad altruista para parejas indias casadas que cumplan determinados requisitos, con lo cual se

consolidó el enfoque legislativo de aceptación, aunque con un marcado énfasis restrictivo en cuanto al alcance y a los sujetos beneficiarios de la técnica²⁷.

La aceptación de la maternidad subrogada varía significativamente entre los países analizados. Algunos países, como el Reino Unido, Australia e India, han adoptado enfoques legislativos que permiten y regulan esta práctica, estableciendo normativas que protegen los derechos de todas las partes involucradas. En el caso de Rusia, aunque no existen leyes específicas que regulen la maternidad subrogada, esta práctica es común y considerada legal en un sentido amplio. La regulación varía en cuanto a los requisitos para los comitentes y gestantes, así como en términos de filiación y compensación económica. Una vez más, se destaca que la aceptación de la maternidad subrogada refleja la diversidad de enfoques legislativos y culturales en todo el mundo, con algunos países adoptando una postura más permisiva que otros que la regulan de manera más estricta.

I.II.III. Situaciones legislativas: Ausencia de regulación

Dentro del marco de la legislación sobre maternidad subrogada, encontramos países que se caracterizan por la ausencia de regulación específica sobre esta práctica, como es el caso de gran parte de los países de América Latina (Merino, 2023). En estas situaciones legislativas, la gestación subrogada puede no estar prohibida ni aceptada explícitamente por la ley o puede contar con una regulación desconocida, creando un vacío legal importante.

En este contexto, la ausencia de una regulación específica puede generar incertidumbre respecto a los derechos y obligaciones de todas las partes involucradas, así como dificultar la protección efectiva de los derechos del niño concebido mediante este procedimiento. A continuación, se abordarán los casos de países que carecen de una normativa clara sobre la maternidad subrogada.

²⁷ La sección 4 sobre regulación de la subrogación y los procedimientos de subrogación, establece: "(ii) no surrogacy or surrogacy procedures shall be conducted, undertaken, performed or availed of, except for the following purposes, namely: (b) when it is only for altruistic surrogacy purposes; (c) when it is not for commercial purposes or for commercialisation of surrogacy or surrogacy procedures" [(ii) no se llevará a cabo, emprender, realizar o hacer uso de ningún procedimiento de subrogación, excepto para los siguientes fines, a saber: (b) cuando es solo para fines de subrogación altruista; c) cuando no sea para fines comerciales o para la comercialización de la subrogación o procedimientos de subrogación].

A. Colombia

En América Latina son escasos los países de la región que poseen disposiciones específicas relacionadas con la maternidad subrogada, pero esto no implica que los demás Estados no hayan intentado regularla. En Colombia se observan varios esfuerzos legislativos, como los Proyectos de Ley 026 de 2016 (Cámara), 202 de 2016 (Cámara) y 186 de 2017 (Cámara) (Arteta, 2011, p. 96)²⁸. En este país no hay una ley que prohíba o autorice explícitamente la maternidad subrogada, lo cual ha resultado en la intervención de organizaciones o entidades que ofrecen estos servicios sin una supervisión adecuada.

Sin embargo, la Corte Constitucional ha emitido pronunciamientos al respecto, como la Sentencia T-968 de 2009, donde se reconoce esta práctica y se establecen lineamientos para su realización (fundamento jurídico 8.1²⁹). Además, en abril de 2025, el Tribunal Superior de Bogotá ordenó incluir a la madre gestante en el registro civil de una bebé nacida mediante gestación subrogada (Stacey, 2025). Evidenciando, de esta manera, la necesidad de una regulación clara por parte del Congreso.

B. Brasil

En Brasil, a pesar de la falta de una legislación específica al respecto, cuenta con la Resolución 2.121/2015 acerca de la regulación de la gestación, en la cual se prohíbe su carácter lucrativo y establece que debe llevarse a cabo de forma altruista. Esta normativa contempla la posibilidad de llevar a cabo una gestación por sustitución en casos donde exista un impedimento médico para la dadora genética. En dichos casos, la madre sustituta debe tener parentesco hasta el segundo grado con la madre biológica. Se enfatiza la prohibición de obtener beneficios económicos de esta práctica (Cruz, 2013, p. 646).

²⁸ A pesar de que diversos proyectos de ley relacionados con la maternidad subrogada han sido presentados por algunos senadores o representantes de la cámara, no han tenido éxito. Esto se debe al tratamiento insatisfactorio que ha recibido tanto para el tema de vientres de alquiler, como para las diversas técnicas de fertilización, este es el caso de la procreación asistida y el de la genética humana en el país (Arteta, 2011, p. 96).

²⁹ “En el ordenamiento jurídico colombiano no existe una prohibición expresa para la realización de este tipo de convenios o acuerdos. Sin embargo, respecto de las técnicas de reproducción asistida, dentro de las cuales se ubica la maternidad subrogada o sustituta, la doctrina ha considerado que están legitimadas jurídicamente, en virtud del artículo 42-6 constitucional, el cual prevé que *“Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”*”.

En cuanto al reconocimiento de la paternidad, el país no cuenta con legislación específica que regule el reconocimiento en tratamientos de gestación subrogada. Se debe mencionar que su Código Civil prevé la presunción de paternidad para los nacidos en Brasil en su artículo 1597³⁰. Sin embargo, este no contempla el caso de nacimiento por gestación subrogada. Por ello, la madre intencional debe obtener una sentencia judicial que certifique que el bebé es reconocido como su hijo para poder registrarlo. De lo contrario, incurriría en un delito al intentar registrar como suyo a un bebé que ha dado a luz otra mujer.

C. Argentina

En Argentina, se han presentado diversos Proyectos de Ley, incluyendo el S-97-0272, S-97-0497, S-00-0652, S-0442/00, S-2733/06, S-3859/05 y S-2439/07. Además, se presentó el anteproyecto del Código Civil y Comercial, en el cual se incluían disposiciones sobre gestación por sustitución en el artículo 562. No obstante, ninguna de estas propuestas prosperó y, por consiguiente, no fueron incorporadas en la legislación nacional (Martínez & Rodríguez, 2021, p. 79).

En relación a la legitimidad e implicaciones de los acuerdos de gestación subrogada, estos han sido resueltos mediante resoluciones judiciales, que han determinado la filiación y el registro del recién nacido ante las autoridades nacionales. El Juzgado de Familia de Lomas de Zamora N° 7 declaró la inconstitucionalidad del artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación. Ello debido a que no reconocía la maternidad de la mujer que había expresado su voluntad procreacional mediante el consentimiento informado, sino que otorgaba dicho reconocimiento a la mujer que dio a luz. Esta decisión es de suma importancia, ya que el artículo declarado inconstitucional parecía no contemplar los acuerdos de gestación subrogada, al

³⁰ “Artículo 1597.- Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos: I. nascidos cento e oitenta dias, pelo menos, depois de estabelecida a convivência conjugal; II. nascidos nos trezentos dias subsequentes à dissolução da sociedade conjugal, por morte, separação judicial, nulidade e anulação do casamento; III. havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido; IV. havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de concepção artificial homóloga; V. havidos por inseminação artificial heteróloga, desde que tenha prévia autorização do marido” [Se presume que los siguientes hijos fueron concebidos durante el matrimonio: I. nacido por lo menos ciento ochenta días después del establecimiento de la convivencia conyugal; II. nacido dentro de los trescientos días siguientes a la disolución de la sociedad conyugal, por muerte, separación judicial, nulidad y anulación del matrimonio; III. concebido por fecundación artificial homóloga, aunque el marido haya fallecido; IV. en cualquier momento, cuando se trate de embriones sobrantes, resultantes de la concepción artificial homóloga; V. concebido por inseminación artificial heteróloga, siempre que medie previa autorización del marido].

considerar exclusivamente como madre a la mujer que alumbró al recién nacido (Martínez & Rodríguez, 2021, p. 80).

D. Perú

En Perú se han presentado los Proyectos de Ley como el 1722/2012, 2003/2012 y 2839/2013, aunque no han recibido la aprobación de las instancias legislativas correspondientes. No obstante, la experiencia peruana nos permite destacar que, al igual que en otros países, a nivel interno no ha existido una posición uniforme respecto a la maternidad subrogada. Mientras algunos proyectos de ley, como el 2003/2012 y el 2839/2013, buscaban autorizar explícitamente la maternidad subrogada, el Proyecto de Ley 1722/2012 tenía como objeto su prohibición (Martínez & Rodríguez, 2021, p. 82). El abordaje legislativo sobre esta materia genera controversias a nivel social, puesto que la discusión en torno a los derechos sexuales y reproductivos sigue siendo compleja en el país.

Como se ha podido evidenciar, esta falta de consenso tanto entre los Estados como dentro de ellos, resalta la complejidad de los contratos de gestación subrogada, dado el amplio espectro de opiniones que suscitan. Cada país enfrenta el desafío de adoptar una posición clara frente a las técnicas de reproducción asistida, pero la falta de acuerdos ha dificultado la promulgación de normativas sólidas y ampliamente aceptadas. Razón por la cual, pese a que se han presentado numerosos proyectos de ley, son pocos los países que han logrado implementar marcos regulatorios vigentes. Este panorama exige un análisis de las implicancias éticas, morales, políticas y jurídicas involucradas.

Ahora bien, como ha quedado demostrado en la revisión de los diferentes enfoques legislativos, así como en la situación de falta de regulación legislativa, esta situación destaca la complejidad y la diversidad de opiniones en relación con la maternidad subrogada. Así también, se ha identificado que no solo se limita a la prohibición, aceptación o ausencia de regulación, sino que esta presenta matices en cada realidad (como su aceptación en modalidades onerosas o altruistas), subrayando la importancia de abordarla con cautela en el ámbito legislativo internacional.

I.III. Jurisprudencia internacional en torno a la maternidad subrogada

A partir de la década de 1970, se registraron diversos avances en técnicas de fertilización in vitro con gametos humanos en países como Gran Bretaña, Suecia, Estados Unidos y Australia. Los científicos británicos Robert Edwards y Patrick Steptoe desempeñaron un papel fundamental en el desarrollo y consolidación de dicha técnica, logrando desde 1978 realizar fertilizaciones de óvulos humanos de manera regular. Como resultado de estos avances, en julio de ese mismo año nació en Inglaterra Louise Brown, la primera bebé concebida mediante fertilización in vitro y transferencia de embriones (Carracedo, 2015, p. 49).

En Estados Unidos, apenas dos años después, se produjo el primer caso documentado de maternidad subrogada en 1980. En América Latina, la medicina reproductiva comenzó a desarrollarse a partir de la década de 1980, con el nacimiento de la primera “bebé probeta” en Colombia en 1986, seguido del primer caso registrado en Perú en 1989 (Carracedo, 2015, p. 50). Estos hitos marcaron un antes y un después en el campo de la medicina reproductiva en sus respectivas regiones y a nivel global. Por consiguiente, es importante conocer la jurisprudencia internacional emblemática respecto de la maternidad subrogada.

I.III.I. Caso Whitehead o “Baby M”

El caso “Baby M” aborda un acuerdo de gestación subrogada que generó controversia en la década de 1980 en New Jersey, Estados Unidos. William Stern y su esposa, quienes enfrentaban dificultades de concepción debido a la esclerosis múltiple que padecía ella, contrataron a Mary Beth Whitehead a inicios de 1985. La finalidad del acuerdo fue llevar a cabo un embarazo por encargo y, posteriormente, al alumbrar al bebé, entregarlo a los Stern. Este fue un contrato oneroso por la suma de 10,000 dólares, además de la cobertura total de los gastos médicos, por lo que Mary Beth aceptó ser inseminada artificialmente con el esperma de William. Sin embargo, después del nacimiento del bebé, Whitehead decidió retener al recién nacido y escapó a Florida.

El caso llegó a los tribunales, donde el Juez Harvey R. Sorkow del Superior Court, en su sentencia del 31 de marzo de 1987, consideró que el acuerdo era válido. El juez argumentó que ambos adultos habían firmado voluntariamente un contrato

mutuamente beneficioso, despojando a la madre sustituta de sus derechos legales de maternidad y otorgando la custodia exclusiva a William Stern. Sorkow consideró que no existían pruebas de que el acuerdo no fuera voluntario y que ninguna de las partes tenía una posición de negociación superior. En consecuencia, la resolución rechazó que la madre fuera explotada (ap.370) o que tenga el consentimiento viciado. Por lo que concluyó que, no existiendo ningún elemento que pudiera poner en duda la validez del acuerdo (ap.398), entendía que el principio de equidad y justicia exigía el cumplimiento del acuerdo.

Sin embargo, esta decisión fue revocada por la *Supreme Court* de Nueva Jersey el 3 de febrero de 1988, tras la apelación presentada por Mary Beth Whitehead. En esta sentencia, el juez Wilentz sostuvo que el contrato era contrario al orden público y a las leyes estatales, en tanto implicaba la renuncia irrevocable a los derechos parentales de la madre biológica, lo cual resultaba jurídicamente inadmisibles. Aunque se confirmó que la custodia del menor quedaría con el padre biológico, se anuló el contrato de subrogación y se reconoció la condición de madre legal de Whitehead (Beltrán, 2023). Este caso sentó un precedente importante sobre la validez y la regulación de los contratos de maternidad subrogada, contribuyendo significativamente al debate sobre los derechos y responsabilidades de todas las partes involucradas en este tipo de acuerdos.

I.III.II. Buzzanca vs. Buzzanca

En 1994, el matrimonio Buzzanca, John y Luanne, enfrentaron problemas de fertilidad y decidieron buscar ayuda para cumplir su deseo de tener un hijo. Después de descubrir que los métodos tradicionales no eran efectivos debido a los problemas de fertilidad de John (presentaba una baja concentración de espermatozoides) y Luanne (padecía endometriosis), optaron por un tratamiento de fertilidad complejo. Este procedimiento involucraba la intervención de tres personas: un donante de espermatozoides desconocido, una donante de óvulos desconocida y una mujer que actuaría como gestante³¹.

El matrimonio contrató a Pamela Snell como gestante y acordaron que ella entregaría

³¹ Teniendo en cuenta el caso Whitehead o "Baby M", en el cual se reconoce como madre legal a la gestante subrogada en tanto que ella aportó la carga genética, los Buzzanca optaron por donantes anónimos para evitar los problemas legales que pudieran surgir.

al bebé después del parto. Por su parte, los Buzzanca se comprometían a asumir todos los costos del proceso que giraba alrededor de los 35.000 dólares. Sin embargo, poco antes del nacimiento, John Buzzanca solicitó el divorcio y renunció a reconocer la custodia del bebé. Jaycee Buzzanca nació el 26 de abril de 1995 y, aunque Luanne asumió la responsabilidad de cuidarla, exigió que John cumpliera sus obligaciones legales, al haber consentido la gestación subrogada. El tribunal de primera instancia, sin embargo, determinó que la niña era legalmente huérfana, ya que no existía vínculo genético ni gestacional con los comitentes, lo que dejaba sin filiación reconocida a Jaycee³².

Después de dos años de disputas legales, el juez dictaminó que la paternidad se determinaría por la intención de procreación y no únicamente por el parto o la contribución genética. Por lo que, partiendo del interés superior del niño, se estableció que ambos eran los padres legales de Jaycee, aunque Luanne sería la principal cuidadora (Babygest, 2015). El caso Buzzanca destaca la complejidad legal y ética que rodea a la maternidad subrogada, resaltando la importancia de considerar diversos aspectos, como los acuerdos previos y el interés superior del menor. Este fallo supuso un avance significativo en la consolidación del criterio de la intencionalidad parental como fundamento jurídico para la determinación de la filiación en casos de maternidad subrogada.

I.III.III. Caso M.A.A. e W.A.A.

La sentencia emitida el 29 de enero de 2012 en Brasil marcó un precedente significativo al reconocer legalmente a dos padres varones como progenitores de una niña concebida mediante gestación subrogada. En este caso, la gestante fue prima de uno de los padres, y se utilizó un óvulo donado junto con el semen de uno de los padres. El juez Clicerio Bezerr, de la Primera Sala de Familia en Recife, autorizó la inscripción de la niña como hija de ambos padres, reconociendo así su doble paternidad legal³³.

³² En términos científicos, se señaló que Jaycee podría considerarse como hija de hasta seis personas: el donante de espermatozoides, la donante de óvulos, la madre gestante, y el matrimonio comitente que promovió y financió el proceso, además de la madre legal (Luanne) que asumió el cuidado de la menor.

³³ Al respecto, se debe mencionar que, aunque en Brasil se reconoce la paternidad legal de dos varones, en los casos de gestación subrogada debe cumplirse con que el semen provenga de uno de los comitentes, pese a ello, aún existen vacíos legales en este ámbito (Dobernig, 2018, p. 273).

Inicialmente, se había denegado la inscripción conjunta, bajo el argumento de que solo podía establecerse la filiación entre el donante del semen y la niña. No obstante, en segunda instancia, el tribunal consideró determinante el vínculo afectivo de más de quince años entre ambos padres y su matrimonio civil previamente reconocido por el Estado brasileño. A partir de ello, el juez concluyó que debía reconocerse la paternidad simultánea de ambos padres, de conformidad con una interpretación moderna de la hermenéutica jurídica.

En su sentencia, el juez sostuvo que negar la paternidad simultánea a los comitentes —cuando existe entre ellos una unión con reconocimiento legal— vulneraría los derechos fundamentales protegidos por la Constitución Federal Brasileña. Ello incluiría el derecho a la igualdad, a la intimidad, a formar una familia y a no ser discriminado por razones de orientación sexual. Asimismo, se reconoció que el derecho a tener hijos, consagrado en la misma Constitución, debía ser garantizado en condiciones de equidad para todas las personas, independientemente de su orientación sexual.

Si bien el Estado brasileño aún no cuenta con una ley específica que regule la gestación subrogada, acepta su práctica a través de resoluciones del Consejo Federal de Medicina. En este contexto, se evidencia un esfuerzo por adaptar las normas jurídicas a los cambios en la estructura familiar y a las nuevas formas de ejercicio de la parentalidad (Dobernig, 2018, pp. 273–275). Así, la sentencia no solo reafirmó el reconocimiento de los derechos de las personas LGBTIQ+ en el ámbito reproductivo, sino que también reafirmó la necesidad de una regulación más clara y comprensiva en torno a la maternidad subrogada en Brasil.

I.III.IV. Caso Artavia Murillo vs. Costa Rica

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha establecido precedentes relevantes en el ámbito de la reproducción, tal y como puede verse en el caso Artavia Murillo vs. Costa Rica de 2012. Este aborda temas relacionados con los derechos reproductivos y la reproducción asistida, por lo que resulta de suma importancia al establecer un precedente significativo en el reconocimiento y protección de estos derechos a nivel internacional.

Puntualmente, se examinó la violación de diversos derechos fundamentales consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, incluyendo el derecho a la vida privada, el derecho a fundar una familia y el derecho a la igualdad y no discriminación. La causa de esta violación fue la prohibición general de practicar la técnica de fecundación in vitro en Costa Rica, la cual se estableció en el año 2000, mediante una decisión de la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia. Las víctimas del caso, un total de 18 individuos, se vieron impedidas de acceder a la fecundación in vitro debido a esta prohibición. Una de las afectadas, Grettel Artavia Murillo, junto con su entonces esposo, adquirieron deudas para tratar su infertilidad a finales de la década de 1990. No obstante, antes de poder llevar a cabo el tratamiento, la técnica fue declarada ilegal en el país.

La sentencia de la Corte IDH concluyó que el Estado fue responsable de infringir los derechos a la vida privada y familiar, así como otros derechos asociados con la autonomía personal, la salud sexual, el acceso a los avances científicos y tecnológicos, y el principio de no discriminación. En dicha sentencia, se establece que los derechos reproductivos conllevan el derecho a tomar decisiones relacionadas con la reproducción libres de discriminación, coerción y violencia (Corte IDH, 2012, fundamentos 143-150).

Asimismo, la Corte no solo reconoció el derecho al acceso como parte de los derechos sexuales y reproductivos, sino que también destacó que muchas personas se ven privadas del disfrute de la salud sexual y reproductiva debido a prácticas discriminatorias. Así también, en su resolución destaca que la prohibición de la fecundación in vitro puede tener un impacto desproporcionado en hombres y mujeres, debido a la existencia de estereotipos y prejuicios en la sociedad (Corte IDH, 2012, fundamento 294).

Este fallo histórico representa un hito importante al resaltar que ni la Sala Constitucional ni la Asamblea Legislativa tienen la autoridad final en materia de derechos humanos en Costa Rica. El caso supone un avance en la protección de los derechos reproductivos y personales tanto de los ciudadanos costarricenses como de las sociedades en general. En consecuencia, se destaca el papel de los tribunales internacionales en la protección de los derechos reproductivos y su capacidad para

influir en la formulación de políticas a nivel nacional, pues establece las obligaciones internacionales de los Estados Parte de la Convención.

I.III.V. Caso Paradiso y Campanelli

El 24 de enero de 2017, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) emitió su fallo definitivo respecto al caso de la pareja italiana conformada por Paradiso y Campanelli (25358/12), el cual había sido previamente tratado por la Sección Segunda del TEDH en una sentencia emitida el 27 de enero de 2015.

En el año 2011, la Sra. Paradiso y el Sr. Campanelli, tras varios intentos fallidos de concebir mediante técnicas de reproducción asistida, decidieron recurrir a los servicios de una empresa rusa dedicada a la gestación subrogada (“turismo reproductivo”). Una mujer rusa, inseminada in vitro con el supuesto semen del señor Campanelli, dio a luz al niño a cambio de una compensación económica de 50.000 euros. Las autoridades rusas emitieron un certificado de nacimiento en el que constaban los nombres de los comitentes como padres legales (Farnós, 2017).

Sin embargo, el Consulado italiano en Moscú advirtió que dicho documento omitía que el nacimiento había ocurrido por gestación subrogada, práctica prohibida en Italia. En consecuencia, las autoridades italianas denegaron el registro del niño, iniciaron acciones penales contra la pareja y un proceso de declaración de abandono, dado que, según la legislación italiana, la madre legal era la gestante subrogada. A los ocho meses de nacido, el menor fue separado de la pareja y derivado a un hogar de acogida con miras a su adopción por otra familia.

En agosto de 2011, una prueba de ADN confirmó que el señor Campanelli no era el padre biológico, ya que la clínica rusa habría utilizado material genético de un donante. Ante la falta de vínculo genético y la infracción de la normativa italiana, el tribunal prohibió cualquier contacto entre la pareja y el niño, sin permitir su intervención en el proceso de acogida. En enero de 2013, el menor fue adoptado legalmente en Italia, tras más de dos años sin identidad jurídica en el país.

Paradiso y Campanelli presentaron una demanda ante el TEDH, alegando la vulneración de su derecho a la vida privada y familiar, protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). En su sentencia de 2015, el Tribunal les dio la razón, señalando que las autoridades italianas no consideraron

adecuadamente el interés superior del menor ni la existencia de una relación familiar de facto. Asimismo, subrayó que la falta de identidad legal (durante más de dos años) agravó la vulnerabilidad del niño y que la medida de separar al menor por la ausencia de lazos genéticos fue desproporcionada.

A pesar de ello, el Tribunal no ordenó el retorno del menor con la pareja, dado que el niño ya había establecido vínculos con la familia adoptiva, por lo que condenó al Estado italiano al pago de 20.000 euros por daño moral. Además, recalcó que la protección del orden público no podía justificar cualquier tipo de intervención estatal, y que el interés del menor debía primar, independientemente de los vínculos biológicos. El Gobierno italiano recurrió esta decisión ante la Gran Sala del TEDH, que en su fallo de 2017 revocó la sentencia. Si bien reconoció el impacto emocional de la separación sobre los comitentes, concluyó que no se había vulnerado el artículo 8 del Convenio. Consideró que permitir que el niño permaneciera con la pareja habría implicado legitimar una situación contraria al orden jurídico italiano, vulnerando así normas esenciales del derecho nacional (Farnós, 2017).

Presentados estos casos, se evidencia la importancia y repercusión que ha tenido la jurisprudencia en relación al tratamiento de la maternidad subrogada a nivel internacional. A continuación, se muestra una tabla que sintetiza estas decisiones judiciales emblemáticas en relación al tratamiento de la subrogación.

Tabla 2

Jurisprudencia emblemática sobre maternidad subrogada a nivel internacional

Caso	Fecha de Resolución	Tema Principal	Resolución del Caso	Tratamiento de la Maternidad Subrogada
1. Whitehead o “Baby M”	27/03/1986	Validación de acuerdo de subrogación y determinación de la paternidad.	Se determinó la paternidad basada en la intención de procreación y protege el interés superior del menor.	Determinación de la paternidad basada en la intención de procreación. Desafía las concepciones tradicionales de familia y paternidad.

Caso	Fecha de Resolución	Tema Principal	Resolución del Caso	Tratamiento de la Maternidad Subrogada
2. Buzzanca vs. Buzzanca	10/03/1998	Determinación de la paternidad legal en caso de subrogación y divorcio.	Se estableció la paternidad legal basada en la intención de procreación en un acuerdo de subrogación.	Evidencia la complejidad legal y ética de la subrogación en caso de divorcio. Pone de manifiesto la necesidad de proteger el interés superior del menor.
3. M.A.A. e W.A.A.	29/01/2012	Paternidad de dos padres varones sobre una niña nacida por maternidad subrogada.	Se reconoció la paternidad legal de ambos padres, enfatizando la igualdad y no discriminación.	Reconocimiento de la igualdad y no discriminación en el acceso a la paternidad, independientemente de la orientación sexual de los padres.
4. Artavia Murillo vs. Costa Rica	28/11/2012	Violación de derechos humanos al prohibir la fecundación in vitro.	Se determinó que Costa Rica violó los derechos reproductivos y reconoce la necesidad de evitar la discriminación en el acceso a la reproducción.	Reconocimiento de los derechos reproductivos como parte indispensable de los derechos humanos. Por lo que, se vulneran los derechos humanos al prohibir la fecundación in vitro.
5. Paradiso y Campanelli	24/01/2017	Validación de acuerdo de gestación subrogada y determinación de la filiación en un contexto de "turismo reproductivo".	Se concluyó que Italia no violó el art. 8 del CEDH al separar al menor de la pareja, aunque reconoció el impacto en los comitentes. El menor permaneció con la familia adoptiva, ya que devolverlo habría legitimado una situación contraria al derecho italiano.	Destaca la necesidad de una mayor supervisión por parte de las autoridades nacionales y los consulados en países donde se permite y rechaza esta práctica. Enfatiza el riesgo de explotación asociado a la subrogación y aboga por un control más estricto sobre los intermediarios y las agencias involucradas.

Fuente: Elaboración propia.

La jurisprudencia emblemática en torno a la maternidad subrogada a nivel internacional refleja un progreso significativo en el reconocimiento y protección de los

derechos sexuales y reproductivos. Con el transcurso del tiempo, se han emitido decisiones judiciales que desafían las concepciones tradicionales de la familia y la paternidad, estableciendo un nuevo tratamiento legal de la maternidad subrogada.

El caso "Whitehead o Baby M", resuelto en 1986, marcó un hito al validar un acuerdo de subrogación y determinar la paternidad basada en la intención de procreación, priorizando el interés superior del menor. Esta decisión sentó las bases para reconocer la paternidad en acuerdos de subrogación, desafiando las normas convencionales de parentesco. Posteriormente, el caso "Buzzanca vs. Buzzanca" en 1998 evidenció la complejidad legal y ética de la subrogación en situaciones de divorcio.

En 2012, el caso "M.A.A. e W.A.A." reconoció la paternidad de dos padres varones sobre una niña nacida por maternidad subrogada, subrayando la igualdad y la no discriminación en el acceso a la paternidad, independientemente de la orientación sexual de los padres de intención. En el mismo año, el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" abordó la violación de derechos humanos al prohibir la fecundación in vitro, reconociendo los derechos reproductivos como parte indispensable de los derechos humanos y destacando la necesidad de evitar la discriminación en el acceso a la reproducción asistida.

Estas decisiones judiciales demuestran un avance significativo en el reconocimiento de los derechos sexuales y reproductivos a nivel jurisprudencial. Sin embargo, el caso "Paradiso y Campanelli" pone de manifiesto las complejidades que rodean a la práctica de la maternidad subrogada a nivel internacional. Se destaca el riesgo latente de explotación sobre la gestante, abogando por un control más estricto sobre las agencias e intermediarios involucrados³⁴. Los riesgos de explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad socioeconómica son reales y deben ser abordados.

En consecuencia, estas resoluciones reflejan el continuo debate y la evolución en torno a la maternidad subrogada a nivel internacional, así como la importancia de encontrar un equilibrio entre proteger los derechos de todas las partes involucradas y

³⁴ Como señala Esther Farnós (2017), es necesario establecer un control más riguroso sobre las agencias e intermediarios que participan en los acuerdos de gestación subrogada. Esto resulta fundamental para evitar la repetición de casos como el de Paradiso y Campanelli, así como para extraer lecciones valiosas de dicha experiencia.

abordar los posibles abusos y riesgos asociados. Si bien la jurisprudencia ha avanzado significativamente en el reconocimiento de los derechos reproductivos y de la diversidad familiar, es notable que siguen existiendo importantes desafíos.

II. Gestación subrogada en el sistema jurídico peruano

En el contexto peruano, la gestación subrogada ha emergido como una opción en el ámbito de la reproducción asistida, generando situaciones legales conflictivas debido a la carencia de regulaciones específicas. Por lo tanto, es imperativo, en primer término, realizar un recorrido por la legislación vigente con el propósito de identificar disposiciones que se relacionen con la maternidad subrogada. Así también, es determinante, en segundo término, llevar a cabo un análisis jurisprudencial en este campo, evaluando casos emblemáticos que hayan influido en la configuración del panorama actual.

II.I. Legislación en torno a la maternidad subrogada

La regulación en torno a la maternidad subrogada en el Perú ha sido objeto de un escaso tratamiento tanto en el ámbito legal como en el social dentro del país. En este sentido, dado que aún no se han tomado decisiones ni se han alcanzado acuerdos sobre su regulación, resulta pertinente examinar el estado actual de la legislación vinculada con esta técnica de reproducción asistida en el Perú.

Al respecto, para realizar un correcto abordaje de la normativa vinculada, es menester tener presente los actores que se encuentran implicados dentro de estos procedimientos médicos. Se ha dicho que, en el caso de la maternidad subrogada, se pueden identificar hasta seis participantes involucrados, incluyendo a la persona o pareja que busca recurrir a esta técnica, un donante de esperma, una donante de óvulos, la madre sustituta y el concebido (Carracedo, 2015, p. 226). Sin embargo, también se cuenta con organizaciones de fertilidad o agencias de maternidad que se encargan de ser el lazo entre los padres de intención y las gestantes subrogadas. La contribución o participación de cada uno de estos sujetos puede variar según el tipo específico de subrogación al que se sometan, adaptándose a las circunstancias individuales de cada caso.

En la práctica de la maternidad subrogada, se puede llegar a identificar a cinco actores presentes en el acuerdo: los padres de intención (o comitentes), la gestante, el o la

donante, el concebido y las agencias de intermediación. Los comitentes son quienes recurren a esta técnica ante la imposibilidad de concebir por medios naturales; la gestante es la mujer que lleva adelante el embarazo; el donante aporta el material genético necesario; el concebido es el menor nacido del procedimiento (Martínez, 2018, pp. 273-274); y las agencias actúan como intermediarias entre las partes, facilitando aspectos médicos, legales y logísticos del proceso. Por lo tanto, es esencial tener en cuenta el marco legal relacionado con estos actores. En las siguientes líneas, se presentan las normativas y disposiciones vigentes en el marco legal peruano vinculadas con la maternidad subrogada.

II.I.I. Constitución Política del Perú de 1993

Artículo 1: “La defensa de la persona humana y el respeto a su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Subraya la prioridad de proteger los derechos y la dignidad de cada individuo en la sociedad. En relación con la maternidad subrogada, este principio destaca la necesidad de abordar esta práctica con un enfoque ético y legal que garantice el respeto a la dignidad humana, protegiendo los derechos de los padres intencionales, las gestantes y los menores nacidos de este proceso. Puntualmente en relación con estos últimos, existe una perspectiva que sostiene que la dignidad humana impide que un recién nacido sea tratado como una mercancía susceptible de intercambio comercial (Landa, 2021, p. 71).

Artículo 2: Toda persona tiene derecho:

- Inciso 1: “A la vida, a su identidad, a su integridad moral, psíquica y física y a su libre desarrollo y bienestar. El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece.”

En el contexto de la maternidad subrogada, este enunciado subraya la necesidad de considerar y respetar los derechos fundamentales y el bienestar de los concebidos, reconociéndolos como sujetos de derecho en todo lo que les beneficie. Además, respalda la autonomía individual al destacar que cada persona tiene la libertad de tomar decisiones, incluyendo la elección de su proyecto de vida, como la opción de formar una familia o apoyarse en las técnicas de reproducción asistida.

- Inciso 2: “A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

La gestación por sustitución plantea cuestiones éticas, legales y sociales complejas, por lo que el principio de igualdad ante la ley es fundamental para abordarlas. Este principio implica que todas las personas involucradas sean tratadas con igualdad y no pueden ser discriminadas por su situación económica, origen, orientación sexual u otras características personales.

- Inciso 7: “Al honor y a la buena reputación, a la intimidad personal y familiar, así como a la voz y a la imagen propias.”

En el contexto de la maternidad subrogada, estos derechos se relacionan principalmente con la protección de la privacidad y dignidad tanto de la gestante como de los padres de intención y del niño nacido, frente a la exposición pública, el estigma social o la difusión no consentida de datos personales vinculados al proceso.

- Inciso 14: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.”

Esta disposición afirma que se permite la celebración de acuerdos siempre y cuando sean legales y no estén en conflicto con normativas esenciales para el funcionamiento de la sociedad.

- Inciso 24, literal a: “A la libertad y a la seguridad personal. En consecuencia, nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.”

Refleja el principio de legalidad en el ámbito jurídico, las personas tienen libertad para actuar de acuerdo con su voluntad, a menos que la ley específicamente lo prohíba. También implica que, para que una acción sea obligatoria, debe estar claramente establecida por la ley.

Artículo 4: “La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono. También protegen a la familia y

promueven el matrimonio. Reconocen a estos últimos como institutos naturales y fundamentales de la sociedad [...]”.

Se hace referencia al principio fundamental del interés superior del niño, pues establece que el Estado brinda una protección especial a los niños (Landa, 2021, p.72). Este principio implica que en todas las decisiones que conciernen a los niños, se debe considerar prioritariamente su bienestar y desarrollo integral. Asimismo, resalta la importancia fundamental de la institución familiar, reconocida como un entorno primordial para el crecimiento y el desarrollo saludable de los niños y niñas.

Artículo 6: “La política de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación e información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud [...]”.

En este sentido, se evidencia que existe un reconocimiento de la autonomía individual en relación a sus elecciones reproductivas. Por lo tanto, las personas tendrían la capacidad de optar por la práctica de la maternidad subrogada siempre y cuando se realice de manera responsable y ética.

Artículo 7: “Todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad así como el deber de contribuir a su promoción y defensa [...]”.

El artículo reconoce el derecho fundamental a la salud de todas las personas, que abarca la protección y promoción de la salud sexual y reproductiva, como se ha analizado previamente en el marco normativo internacional. Por consiguiente, la salud reproductiva se comprende como un estado integral de bienestar físico, mental y social en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones. Esto implica la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos de concepción, así como la libertad de decidir cuándo, con quién y con qué frecuencia procrear (Siverino, 2014a).

Artículo 52: “Son peruanos de nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad [...]”.

Esta norma establece que, sin importar el método de concepción, si al menos uno de los progenitores tiene nacionalidad peruana, el menor podría ser registrado en el Registro Nacional de Identificación y Estado Civil (RENIEC) y adquirir la nacionalidad peruana. En el contexto de la maternidad subrogada, esto implica que si los padres involucrados en el proceso son peruanos, el concebido mediante esta técnica podría ser inscrito y reconocido como ciudadano peruano.

Artículo 62: “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual solo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. [...]”.

Este principio resalta la autonomía de las partes contratantes para acordar válidamente según las leyes vigentes, sin posibilidad de alteraciones en los términos por leyes o disposiciones futuras. En el contexto de la maternidad subrogada, enfatiza la importancia de que los acuerdos entre las partes involucradas en el proceso sean respetados y protegidos de acuerdo con los términos establecidos y las leyes aplicables en el momento de la celebración del contrato.

II.I.II. Código Civil de 1984

Artículo 6: Regulación de los actos de disposición del propio cuerpo

“Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios [...]”

Este principio se encuentra directamente relacionado con la situación de la gestante en un escenario de maternidad subrogada. Indica que la disposición del cuerpo de la gestante debe ajustarse a criterios éticos y médicos, evitando causar daños permanentes o ser contraria a principios fundamentales.

II.I.III. Código de los Niños y Adolescentes - Ley 27337

Artículo IX: Interés superior del niño y del adolescente

“En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos”.

Este enunciado establece que, al tomar cualquier decisión o medida relacionada con niños y adolescentes, tanto por parte del Estado, a través de sus distintos poderes e Instituciones, como por la sociedad en general, se debe considerar el principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente, así como el respeto a sus derechos. De manera más concisa, se enfatiza que las decisiones y acciones que involucren a niños, niñas y adolescentes deben priorizar su bienestar y salvaguardia, teniendo en cuenta sus necesidades y derechos como una máxima prioridad.

II.I.IV. Ley General de Salud (LGS) - Ley 26842

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”.

Este es el artículo del marco normativo peruano que más hace referencia a la maternidad subrogada. Establece que en el uso de las técnicas de reproducción asistida debe coincidir la madre genética y la madre gestante en la misma persona. La siguiente tabla presenta una síntesis de las normas y disposiciones que guardan relación o inciden en cada participante de un proceso de maternidad subrogada.

Tabla 3

Marco legal vigente sobre maternidad subrogada en el Perú

Artículo	Tema Principal	Relación con la Maternidad Subrogada	Participantes
Constitución Política del Perú de 1993			
Artículo 1	Dignidad y derechos individuales.	Destaca la necesidad de abordar la maternidad subrogada respetando la dignidad humana y salvaguardando los derechos fundamentales de las partes involucradas.	- Padres de intención - Gestante - Concebido
Artículo 2, Inciso 1	Derecho a la vida, identidad, integridad moral, psíquica y física, y al libre desarrollo y bienestar.	Resalta la importancia de considerar los derechos fundamentales y el bienestar del concebido en el contexto de la maternidad subrogada. Así como la autonomía individual de las partes involucradas.	- Padres de intención - Gestante - Concebido
Artículo 2, Inciso 2	Derecho a la igualdad y no discriminación.	Garantiza la igualdad y el respeto a los derechos fundamentales de todas las partes involucradas, sin importar su situación socioeconómica u otras características personales.	- Padres de intención - Gestante - Concebido
Artículo 2, Inciso 7	Derecho a la intimidad personal y familiar.	Garantiza la protección de la identidad y privacidad de las partes inmersas en el procedimiento de gestación subrogada.	- Padres de intención - Gestante - Concebido - Donantes
Artículo 2, Inciso 14	Derecho a contratar.	Permite la celebración de todo tipo de acuerdos, lo cual abarcaría a la maternidad subrogada, siempre y cuando dichos acuerdos sean legales y no contravengan normativas esenciales.	- Padres de intención - Gestante - Agencia de maternidad
Artículo 2, Inciso 24, Literal a	Libertad y seguridad personal.	Establece el principio de legalidad, donde las personas tienen libertad para actuar según su voluntad, a menos que la ley lo prohíba.	- Padres de intención - Gestante
Artículo 4	Protección del niño y la madre por parte del Estado. Promoción del	Establece el marco legal para la protección de la familia y el interés superior del niño. Reconoce la importancia de la protección del niño y	- Padres de intención - Gestante

Artículo	Tema Principal	Relación con la Maternidad Subrogada	Participantes
	matrimonio y protección de la familia.	la familia, sugiere la necesidad de abordar la maternidad subrogada considerando el bienestar de las partes involucradas.	
Artículo 6	Derecho de las familias y de las personas a decidir.	Reconoce la autonomía individual en las decisiones reproductivas, sugiriendo que las personas pueden optar por la maternidad subrogada de manera responsable y ética.	- Padres de intención - Gestante
Artículo 7	Derecho a la salud.	Reconoce el derecho a la salud, que comprendida en su sentido amplio abarca la salud sexual y reproductiva, fundamentales en la práctica de la maternidad subrogada.	- Padres de intención - Gestante - Concebido
Artículo 52	Nacionalidad peruana de nacidos en el exterior.	Indica que, si al menos uno de los progenitores tiene nacionalidad peruana, el concebido mediante maternidad subrogada podría ser registrado y reconocido como ciudadano peruano.	- Padres de intención - Concebido
Artículo 62	Libertad de contratar.	Destaca la autonomía de las partes contratantes en los acuerdos, resaltando la importancia de respetar los términos y las leyes aplicables en el momento de la celebración del contrato en maternidad subrogada.	- Padres de intención - Gestante - Agencia de maternidad
Código Civil de 1984			
Artículo 6	Regulación de actos de disposición del propio cuerpo.	Se relaciona directamente con la gestante subrogada, indicando que la disposición del cuerpo debe cumplir con criterios éticos y médicos.	- Gestante
Código de los Niños y Adolescentes - Ley 27337			
Artículo IX	Interés superior del niño y del adolescente.	Establece que cualquier medida relacionada con niños y adolescentes debe considerar su bienestar y respetar sus derechos, incluyendo el contexto de subrogación.	- Concebido
Ley General de Salud - Ley 26842			

Artículo	Tema Principal	Relación con la Maternidad Subrogada	Participantes
Artículo 7	Derecho al tratamiento de la infertilidad y técnicas de reproducción asistida.	Reconoce el derecho a recurrir a técnicas de reproducción asistida, siempre que la condición de madre genética y gestante recaiga sobre la misma persona. También establece requisitos y prohíbe fines distintos a la procreación.	- Padres de intención - Gestante - Concebido

Fuente: Elaboración propia.

A partir de la tabla presentada, se concluye que en el Perú, la normativa vigente aborda de manera indirecta el tema de la maternidad subrogada, sin regularla específicamente. Aunque no existe una legislación detallada sobre esta práctica, diversos artículos y disposiciones legales proporcionan lineamientos generales aplicables. La normativa peruana vigente protege principalmente los siguientes aspectos en relación con la maternidad subrogada:

1. Derechos fundamentales de las partes involucradas:

- Protege y garantiza el respeto de la dignidad humana y los derechos individuales de los padres de intención, la gestante y el concebido (Artículos 1 y 2 de la Constitución).
- Garantiza el derecho a la vida, identidad, libre desarrollo y bienestar del concebido (Artículo 2, inciso 1, de la Constitución).
- Establece el derecho a la igualdad y no discriminación de los involucrados (Artículo 2, inciso 2, de la Constitución).
- Salvaguarda el derecho a la intimidad personal y familiar de los participantes (Artículo 2, inciso 7, de la Constitución).
- Reconoce, protege y garantiza el derecho a la salud, el medio familiar y de la comunidad (Artículo 7 de la Constitución).

2. Autonomía y libertad de decisión:

- Reconoce el derecho a contratar y la libertad de contratar de los padres de intención y la gestante (Artículos 2, incisos 14 y 24, y 62 de la Constitución).

- Establece el derecho de las familias y las personas a decidir sobre aspectos de paternidad/maternidad responsables (Artículo 6 de la Constitución).
 - Regula la libertad de decidir en torno a los actos de disposición del propio cuerpo (Artículo 6 del Código Civil).
3. Protección del niño, niña y la familia:
- Establece la protección del niño y la madre por parte del Estado (Artículo 4 de la Constitución).
 - Promueve el interés superior del niño y adolescente, así como sus derechos (Artículos 52 de la Constitución y IX del Código de los Niños y Adolescentes).
4. Regulación de técnicas de reproducción asistida:
- Reconoce el derecho al tratamiento de la infertilidad y técnicas de reproducción asistida con ciertas restricciones (Artículo 7 de la LGS).

Este marco normativo, aunque no aborda explícitamente la maternidad subrogada, proporciona un enfoque centrado en la protección de los derechos fundamentales, la autonomía personal, el bienestar del concebido y la protección familiar, que podría aplicarse a dicha práctica mientras se desarrolla una regulación específica.

II.II. Jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada

La jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada en el Perú constituye un área legal de creciente interés y debate en el país. A medida que la gestación por sustitución gana atención y se convierte en una opción reproductiva atractiva, los tribunales peruanos se han enfrentado a casos que plantean desafíos éticos y jurídicos. Sin embargo, debido a la falta de regulación específica sobre la maternidad subrogada, la jurisprudencia en este ámbito se ha desarrollado de manera limitada.

En esta sección, se explorarán las decisiones judiciales relevantes y las tendencias emergentes en la jurisprudencia peruana sobre la maternidad subrogada, así como su impacto en la legislación y la práctica legal en el país. A continuación, los casos emblemáticos en el contexto peruano referentes a los derechos sexuales y reproductivos y la gestación por sustitución.

II.II.I. Caso M.C.O.C. vs. M.A.A.D.

Casación N° 5003-2007- Lima de la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, sentencia del 8 de mayo del 2008.

La Sra. M.C.O.C., actuando como representante de su hijo O.F.Q.O. y fundamentando su posición en los artículos 45³⁵ y 399³⁶ del Código Civil, cuestiona el reconocimiento de maternidad realizado por la Sra. M.A.A.D. en relación con la menor A.B.A.D. Su argumento central radica en la falta de relación biológica entre la demandada y la niña, alegando que la concepción de esta última ocurrió mediante inseminación artificial con un óvulo de una mujer anónima y el espermatozoides del esposo de la recurrente, sin su consentimiento.

La Sala de la Corte, al considerar la acreditación del vínculo filiatorio en términos genéticos y la obligación de protección recíproca entre hermanos, determina la nulidad de la resolución que desestimó la demanda. Ordena al juez emitir una nueva resolución basada en estos fundamentos, por lo que llega a la Corte vía recurso de casación, tras haber sido declarada improcedente en primera instancia. La sentencia detalla que la Sra. M.A.A.D. se sometió a un proceso de fecundación in vitro sin contar con el consentimiento del Sr. C.O.Q.C., resultando en el nacimiento de la niña A.B.A.D. Se argumenta que la fecundación heteróloga está prohibida por el artículo 7 de la Ley General de Salud y se subraya la vulneración de derechos fundamentales, incluido el derecho a la identidad.

La prueba del ADN se presenta como un elemento crucial que confirma la falta de relación genética, llevando a la Corte a considerar ilegal el reconocimiento de maternidad. La sentencia no reconoce el vínculo formado por la gestación y el parto de la niña, centrando su análisis en la carencia de requisitos establecidos por la ley y privando a la Sra. M.A.A.D. de los derechos y deberes asociados a la maternidad. Por

³⁵ Hoy en día, se trataría del artículo 45-A: "Representantes Legales. - Las personas con capacidad de ejercicio restringida contempladas en los numerales 1 al 8 del artículo 44 contarán con un representante legal que ejercerá los derechos según las normas referidas a la patria potestad, tutela o curatela".

³⁶ "Artículo 399.- Impugnación del reconocimiento. - El reconocimiento puede ser negado por el padre o por la madre que no interviene en él, por el propio hijo o por sus descendientes si hubiera muerto, y por quienes tengan interés legítimo, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 395".

todo ello, la menor A.B.A.D. fue entregada a su padre biológico y a su cónyuge, personas hasta entonces desconocidas para ella.

II.II.II. Caso C.M.S.E. vs L.E.M.B.

Expediente N° 183515-2006-00113, resuelto el 6 de enero del 2009 por el Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima. Se constituyó como el primer caso en el Perú de un litigio sobre maternidad subrogada resuelto en primera instancia. Versa en la impugnación de maternidad sobre una subrogación realizada de forma altruista.

La señora C.M.S.E. y su esposo, al desear tener hijos y enfrentarse a riesgos para la salud de la señora durante el embarazo, ocasionados por una insuficiencia renal e hipertensión arterial, optaron por la fecundación in vitro. Utilizaron su material genético y contaron con la participación de la madre de la señora C.M.S.E., la Sra. J.L.A. de O., quien llevó a cabo la gestación de su nieta. Es decir, se llevó a cabo una gestación subrogada gestacional, en la cual la gestante no poseía el vínculo genético, ya que fue la madre intencional quien proporcionó la dotación genética. La menor D. fue registrada en la Clínica Miraflores como hija de la Sra. J.L.A. de O. y su yerno. Ante esta situación, la madre genética impugnó la maternidad, dando lugar a un proceso judicial.

La jueza, reconociendo la complejidad de la situación y la concepción tradicional de maternidad en casos de fecundación in vitro, ordenó una prueba de ADN. El resultado favorable para la Sra. C.M.S.E. y su pareja llevó a la jueza a determinar que la madre genética debía ser reconocida como tal, amparándose en la legalidad y ética de la maternidad subrogada.

La magistrada sustentó su resolución en la obsolescencia del concepto tradicional de maternidad y argumentó que la supuesta identidad entre la madre genética y la madre gestante, como establece el artículo 7 de la Ley General de Salud, plantea un problema en la determinación de la filiación cuando dicha identidad no está presente. Además, subrayó que no existe una prohibición expresa respecto a la maternidad subrogada, concluyendo que no puede considerarse como ilícita.

II.II.III. Caso D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros

La Casación N° 563-2011-Lima, resuelta por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 6 de diciembre del 2011, es considerada histórica en cuanto al tratamiento de la subrogación dentro de nuestro ordenamiento, puesto que trata de un caso en el que sí había de por medio un contrato de maternidad subrogada.

El matrimonio conformado por D.F.P.Q y el señor G.S. decidió recurrir a la señora I.Z.C.M. para la gestación de su futuro hijo, mediante un acuerdo de maternidad subrogada en el que la gestante recibiría una compensación de 18.900 USD por los servicios. La fecundación se llevó a cabo con el espermatozoides del señor G.S. Al nacer la menor, la filiación materna se estableció a favor de la gestante, mientras que la filiación paterna se inscribió a favor del esposo de la gestante, generando una discrepancia entre el padre biológico y el padre legal.

El Señor G.S., además de ser el padre biológico, tenía un parentesco como tío abuelo de la menor debido a su relación con la gestante. A pesar del acuerdo inicial de entregar a la menor a los padres intencionales al nacer, la gestante y su pareja cambiaron de opinión, desistiendo del acuerdo e interponiendo un recurso de casación que la Corte consideró como uno sin fundamento sustancial.

La Corte Suprema identificó un conflicto entre el interés superior de la niña en tener una familia y el deseo de los padres demandantes de ejercer la patria potestad. Considerando el comportamiento inicial de la gestante y su pareja, quienes estuvieron dispuestos a renunciar al bebé por una suma de dinero, la Corte resolvió a favor del interés superior de la niña, determinando que debería seguir viviendo con los padres intencionales, la Señora D.F.P.Q. y el señor G.S.

II.II.IV. Caso F.D.N.R., A.N.B.V. & otros vs. RENIEC

El Expediente N°06374-2016-0-1801-JR-CI-05 obedece a la primera sentencia en vía de amparo sobre el contrato de maternidad subrogada en Perú, emitida por el Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional el 21 de febrero de 2017. Siendo un pronunciamiento significativo respecto de las técnicas de reproducción asistida.

El matrimonio conformado por el señor F.N. y la señora A.B., después de varios intentos infructuosos de concebir, optaron por recurrir a técnicas de reproducción

asistida. En 2011, la señora A.B. se sometió a un procedimiento de ovodonación que tampoco tuvo éxito, llevándolos a considerar la gestación subrogada como última alternativa. En este contexto, la señora E.R., amiga del matrimonio, aceptó llevar el embarazo bajo un acuerdo privado sin una contraprestación económica.

El cigoto implantado en el útero de E.R. era producto del espermatozoides de F.N. y óvulos de una donante anónima, de manera que E.R. actuaba solo como gestante sin contribuir genéticamente, es decir una maternidad subrogada gestacional. El conflicto surgió cuando, al dar a luz a mellizos en noviembre de 2015, el médico inscribió a E.R. como la madre biológica en el Certificado de Nacido Vivo, a pesar de conocer la naturaleza del embarazo y que el óvulo fecundado no era suyo. Así también, se inscribió al señor F.N. como el padre biológico. Frente a esto, el matrimonio F.N. y A.B. inició los procedimientos de rectificación de inscripción, pero el RENIEC declaró improcedente la solicitud.

En respuesta, el 4 de mayo de 2016, F.N., A.B., E.R. y su esposo presentaron una demanda de amparo contra RENIEC. El Quinto Juzgado Constitucional de Lima emitió una sentencia en primera instancia, declarando fundada la demanda de amparo y ordenando a RENIEC anular las actas de los mellizos para emitir nuevas actas que reconocieran a F.N. y A.B. como los padres legítimos. El juez enfatizó que la Ley General de Salud no prohíbe expresamente casos como el presente. La única conclusión viable que se puede extraer es que el artículo 7 de la LGS no aborda situaciones adicionales en las que la madre gestante no comparta carga genética con su hijo. Finalmente, el Poder Judicial determinó que el matrimonio debía ser reconocido como padres legítimos de los mellizos nacidos mediante vientre de alquiler, a pesar de que la madre legal no gestó el embarazo ni aportó óvulos.

II.II.V. Caso de la pareja chilena J.T.P. & R.M.A.

El matrimonio chileno conformado por el señor J.T.P. y la señora R.M.A., enfrentó múltiples tratamientos de fertilidad desde el 2013, incluyendo intervenciones quirúrgicas en los ovarios de R.M.A. para tratar un tumor canceroso. A pesar de las dificultades, la pareja perseveró en sus esfuerzos y decidieron seguir intentando diversos tratamientos para poder concebir y formar una familia. Este largo proceso implicó para la pareja varios embarazos fallidos, por lo que finalmente deciden optar

por la maternidad subrogada como la única alternativa viable, siguiendo recomendaciones médicas (Andina, 2018).

Optaron por la Clínica Concebir en Lima para llevar a cabo el procedimiento, donde una enfermera de la clínica gestó a sus mellizos mediante la técnica de vientre de alquiler. El 25 de agosto de 2018, con los menores en brazos, deciden retornar a su país, momento en el que las autoridades peruanas los detuvieron en el aeropuerto Jorge Chávez, acusándolos de falsificación de documentos de los menores y de trata de personas relacionada con la gestación subrogada.

Posteriormente, el 3 de septiembre de 2018, fueron encarcelados en las prisiones de Ancón II y del Callao, con la Corte de Justicia del Callao dictando doce meses de prisión preventiva por los delitos mencionados. Ante esta situación, se realizaron pruebas de ADN, que confirmaron la paternidad de J.T.P. La Primera Sala Penal de Apelaciones del Callao, con los resultados del ADN, revocó la sentencia de prisión preventiva, permitiendo la excarcelación de la pareja y su reencuentro con los mellizos (Cooperativa.cl, 2018).

Sin embargo, pese a esta situación, la fiscal del caso, Rosario Carpio, indicó que los esposos continuarán bajo investigación por el presunto delito de “filiación indebida”. Ello debido a que Rosario Madueño no fue quien proporcionó el óvulo para la fecundación de los mellizos, por lo que se convierte en una tercera persona que se desconoce (Emol, 2018). La situación legal de la pareja continúa bajo escrutinio a pesar de la resolución.

II.II.VI. Caso Ricardo Morán vs. RENIEC

En el Expediente N°00882-2023-PA/TC, Ricardo Morán, reconocido productor, optó por una técnica de reproducción asistida para concebir a sus dos menores hijos, a través de la maternidad subrogada gestacional. Esta modalidad implica la ovodonación, empleando ovocitos de una donante anónima, cuya identidad permanece desconocida. A su vez, la gestante que llevó el embarazo fue una mujer diferente a la donante de ovocitos. Por lo tanto, la condición de madre genética y gestante no recayó sobre la misma persona.

El conflicto legal se centra en el reconocimiento de la nacionalidad peruana de sus hijos, enfrentando las disposiciones establecidas por el RENIEC. Según el Código

Civil peruano, se establece que no puede existir una partida de nacimiento que solo registre al padre, ya que el sistema prioriza a la madre en este proceso³⁷. Ante esta situación, Morán argumenta que se están vulnerando los derechos de sus hijos, ya que, según el artículo 52 de la Constitución³⁸, todos los ciudadanos con al menos un progenitor con nacionalidad peruana son peruanos. Ante esta controversia, Morán decide interponer una demanda de amparo ante el Tribunal Constitucional.

Los magistrados de este Colegiado resolvieron que el RENIEC proceda con la inscripción inmediata de ambos menores atribuyéndoles los apellidos de su padre legal, Ricardo Morán Vargas, y reconociendo también su nacionalidad peruana. El Tribunal no se pronuncia sobre la maternidad subrogada, pero desestimó la regla que limita la facultad de inscripción exclusivamente a la madre, basándose en el principio de no discriminación e igualdad consagrados en la Constitución y en los tratados internacionales. Asimismo, sostiene que el RENIEC actuó dentro de sus competencias, indicando que su función se orienta al cumplimiento estricto de las normas legales y no al control constitucional del ordenamiento jurídico.

Finalmente, la sentencia enfatiza la importancia de que los menores conozcan la identidad de ambos padres, promoviendo un sistema para que, posteriormente, puedan acceder a la identidad del otro progenitor a través de un registro reservado. Asimismo, insta al Congreso a equiparar el derecho del padre para inscribir a sus hijos con sus apellidos, sin revelar el nombre de la madre. El Tribunal enfatiza el artículo 52 de la Constitución, que consagra el derecho de los padres peruanos a que sus hijos, nacidos en el extranjero, tengan la misma nacionalidad, como es el caso del recurrente, cuyos hijos poseen identidad y nacionalidad norteamericanas.

³⁷ “Artículo 21.- Inscripción del nacimiento. - Cuando el padre o la madre efectúe separadamente la inscripción del nacimiento del hijo nacido fuera del vínculo matrimonial, podrá revelar el nombre de la persona con quien lo hubiera tenido. En este supuesto, el hijo llevará el apellido del padre o de la madre que lo inscribió, así como del presunto progenitor, en este último caso no establece vínculo de filiación. Luego de la inscripción, dentro de los treinta (30) días, el registrador, bajo responsabilidad, pondrá en conocimiento del presunto progenitor tal hecho, de conformidad con el reglamento. Cuando la madre no revele la identidad del padre, podrá inscribir a su hijo con sus apellidos”.

³⁸ “Artículo 52.- Son peruanos por nacimiento los nacidos en el territorio de la República. También lo son los nacidos en el exterior de padre o madre peruanos, inscritos en el registro correspondiente durante su minoría de edad. Son asimismo peruanos los que adquieren la nacionalidad por naturalización o por opción, siempre que tengan residencia en el Perú”.

A continuación, se muestra una tabla que resume las decisiones judiciales relatadas en relación al tratamiento de la maternidad subrogada.

Tabla 4

Jurisprudencia representativa sobre maternidad subrogada en el Perú

Caso	Fecha de Resolución	Tema Principal	Resolución del Caso	Tratamiento de la Maternidad Subrogada
1. M.C.O.C. vs. M.A.A.D.	08/05/2008	Disputa sobre reconocimiento de maternidad por inseminación artificial.	Nulidad del reconocimiento de maternidad por falta de vínculo genético. La menor deberá residir con el padre biológico, quien hasta entonces era desconocido.	No trata sobre maternidad subrogada, pero ilustra cómo existían posturas inflexibles con el artículo 7 de la LGS. Si la identidad de la madre genética y gestante no coincidían, la decisión de otorgar la custodia al padre biológico prevalecía, aun a expensas del principio del interés superior del niño.
2. C.M.S.E. vs. L.E.M.B.	06/01/2009	Impugnación de maternidad subrogada gestacional del tipo altruista.	Reconocimiento de la madre genética basado en prueba de ADN. La custodia del menor recae en los padres de intención.	Se destaca la complejidad inherente a la subrogación y resalta la obsolescencia del concepto tradicional de maternidad. Enfatiza que no hay una prohibición explícita con respecto a la maternidad subrogada, por ende, no es ilícita.
3. D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros	06/12/2011	Conflicto sobre maternidad subrogada con contrato.	Prioridad del interés superior de la niña, resuelto a favor de los padres intencionales.	Conflicto entre el interés superior de la niña y la voluntad de la gestante de ejercer la patria potestad. Se destaca su conducta inicial, de estar dispuesta a renunciar al bebé a cambio de una contraprestación económica. Reconoce la validez de la subrogación como alternativa legítima para la reproducción.
4. F.D.N.R., A.N.B.V. & otros vs.	21/02/2017	Amparo sobre maternidad subrogada gestacional sin compensación	Reconocimiento de los padres legítimos basado en la falta de prohibición	Indica que no se puede inferir la prohibición de otras circunstancias mediante interpretación a contrario sensu. Concluye que el

Caso	Fecha de Resolución	Tema Principal	Resolución del Caso	Tratamiento de la Maternidad Subrogada
RENIEC		económica.	expresa de la maternidad subrogada.	artículo 7 de la LGS no aborda situaciones donde la madre gestante carezca de carga genética. Reconoce la subrogación y la necesidad de regulación.
5. Pareja chilena J.T.P. & R.M.A.	08/09/2018	Trata de Personas y falsificación de documentos por gestación subrogada gestacional.	Liberación tras la prueba de ADN. Situación legal bajo escrutinio.	La ausencia normativa sobre subrogación, hizo que los comitentes enfrenten acusaciones de falsificación de documentos y trata de personas. Se valida el vínculo genético entre el padre y los mellizos, resalta la urgencia de establecer regulaciones.
6. Ricardo Morán vs. RENIEC	13/10/2023	Conflicto sobre inscripción de menores concebidos por gestación subrogada gestacional.	Inscripción inmediata de ambos menores basándose en principios de no discriminación e igualdad.	En resguardo del interés superior de los menores, se reconoce su nacionalidad e insta al Congreso a equiparar los derechos entre padres y madres, legislando al respecto. No se pronuncia sobre la maternidad subrogada.

Fuente: Elaboración propia

La tabla presentada sobre la jurisprudencia representativa en torno a la maternidad subrogada, evidencia la evolución jurisprudencial en torno a esta técnica de reproducción asistida en el Perú. En un inicio, se reflejaba una postura rígida e inflexible respecto a que la condición de madre genética y gestante permanezcan sobre la misma persona, apegándose estrictamente a la interpretación literal del artículo 7 de la LGS. Esto se evidencia en casos tempranos como M.C.O.C. vs. M.A.A.D. (2008), donde prevalecía el vínculo genético sobre otros aspectos.

Sin embargo, a partir del caso C.M.S.E. vs. L.E.M.B. (2009), se observa un giro jurisprudencial significativo. Este proceso, reconoce la complejidad inherente a la maternidad subrogada y cuestiona la obsolescencia del concepto tradicional de maternidad. Así también, establece que no existe una prohibición explícita sobre la

subrogación, por lo que no puede ser considerada como ilícita. Esta apertura hacia la aceptación se consolida en fallos posteriores como D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros (2011) y F.D.N.R., A.N.B.V. & otros vs. RENIEC (2017). En estos procesos se prioriza el principio del interés superior del niño y se reconoce la validez de la maternidad subrogada como una alternativa legítima para la reproducción.

No obstante, también se han observado que los comitentes han enfrentado acusaciones de falsificación de documentos y trata de personas debido a la falta de una regulación clara, tal como se ilustra en el caso de la pareja chilena J.T.P. & R.M.A. (2018). Ello resalta las repercusiones derivadas de la ausencia de una regulación específica respecto a una realidad que está presente en nuestro sistema.

Finalmente, en el más reciente caso resuelto por el Tribunal Constitucional, Ricardo Morán vs. RENIEC (2023), se priorizó el interés superior de los menores al ordenar su inscripción inmediata. Empero, la resolución es conflictiva, pues evitó abordar esta problemática, optando por una argumentación basada en discriminación por género en lugar de alternativas más claras, como el reconocimiento de su nacionalidad por ser hijos de un ciudadano peruano³⁹. Es decir, existían alternativas técnicas que permitían garantizar los derechos de los menores sin generar riesgos.

Este pronunciamiento plantea riesgos prácticos y jurídicos, ya que permite inscribir a menores sin acreditar la identidad o el consentimiento de la madre, lo que podría facilitar actos ilícitos como el secuestro, la inscripción irregular y la trata de personas bajo apariencia de filiación legítima. Al adoptar este enfoque, el Tribunal debilita los controles necesarios para proteger a los niños y prevenir la explotación infantil, permitiendo que personas malintencionadas utilicen esta situación para registrar como propios a menores que han sido secuestrados o traficados. Así, genera inconsistencias preocupantes que comprometen sus derechos⁴⁰. Como señala

³⁹ Como señala Paula Siverino (2024a), el TC, al resolver el caso, buscó evitar pronunciarse sobre la gestación subrogada, pero podría haber optado por un enfoque más sencillo y directo basado en el derecho a la nacionalidad. De acuerdo con el artículo 52 de la Constitución, un menor tiene derecho a adquirir la nacionalidad peruana si al menos uno de sus progenitores es ciudadano peruano, independientemente del método de concepción. Esto permitiría que, en casos de maternidad subrogada, los menores puedan ser inscritos en el RENIEC y reconocidos como ciudadanos peruanos, incluso si nacieron en el extranjero, siempre que uno de los padres ostente la nacionalidad peruana.

⁴⁰ Este enfoque contradice la protección que el marco constitucional actual brinda a los niños. Por ejemplo, incluso cuando la paternidad está legalmente reconocida, un padre que desee trasladar a sus hijos al extranjero debe obtener la autorización notarial de la madre, como medida para prevenir situaciones de secuestro infantil. Sin embargo, con el pronunciamiento del Tribunal, ya no sería

Siverino (2024a), la aplicación de este criterio puede llevar a una violación preocupante de la protección en materia de derechos del niño.

Este recorrido por la jurisprudencia peruana refleja una transición significativa en la interpretación y aplicación del marco legal vigente en torno a los casos de maternidad subrogada. Se evidencia una evolución de una postura inicial rígida y apegada a la interpretación literal de la ley, hacia un reconocimiento gradual de la subrogación como una alternativa válida para la reproducción, priorizando el interés superior del niño. De esta manera, se abandona el criterio según el cual la maternidad se determina exclusivamente por el parto (*mater semper certa est*), evidenciado un esfuerzo por adaptarse a nuevas realidades sociales y tecnológicas. No obstante, persisten desafíos significativos debido a la falta de regulación. Casos como el de la pareja chilena y el reciente fallo del Tribunal en *Ricardo Morán vs. RENIEC*, evidencian los riesgos derivados de esta omisión normativa.

En consecuencia, esta evolución denota un cambio en la concepción tradicional de la maternidad, pero subraya la necesidad urgente de un marco legislativo que establezca controles rigurosos para garantizar la seguridad jurídica de los menores y prevenir posibles abusos. Solo a través de una regulación adecuada será posible equilibrar el respeto por los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. Este desafío exige un compromiso legislativo firme, informado por las lecciones que la jurisprudencia ya ha puesto en evidencia.

obligatorio revelar la identidad de la madre al momento de inscribir a un menor (Siverino, 2024a). Esto es especialmente preocupante, ya que el acto de inscripción reviste una importancia mayor que el traslado al extranjero. En el traslado, se tiene certeza de quién es el padre; en cambio, al momento de la inscripción, cualquier persona podría declararse como el "padre" sin controles adecuados.

CAPÍTULO II: LA MATERNIDAD SUBROGADA DESDE UN ENFOQUE BIOÉTICO-JURÍDICO: PRINCIPIOS Y DESAFÍOS EN EL CONTEXTO DE LOS MERCADOS NOCIVOS

La maternidad subrogada representa una de las prácticas más complejas y controvertidas en los ámbitos de la bioética y el derecho contemporáneo, que suscita una serie de interrogantes y desafíos que trascienden el ámbito puramente médico para adentrarse en aspectos bioéticos, legales y sociales. Dicha naturaleza interdisciplinaria demanda un análisis riguroso que integre principios éticos, bioéticos y jurídicos, especialmente en el contexto de los mercados nocivos, cuyas dinámicas pueden influir profundamente en las personas involucradas. Este capítulo propone un marco analítico que permita comprender esta práctica en su totalidad, identificando los principios fundamentales de la bioética que deberían orientar tanto su abordaje como las problemáticas asociadas a su desarrollo.

El capítulo se estructura en tres secciones principales que, de manera complementaria, construyen una base sólida para abordar las complejidades éticas y legales de la maternidad subrogada. La primera sección presenta una caracterización detallada de sus modalidades, diferenciando entre gestación subrogada tradicional y gestacional, y explorando los factores que determinan su regulación en diferentes contextos sociales y jurídicos. Esta contextualización resulta clave para identificar los desafíos específicos que plantea cada modalidad y para establecer las bases del análisis posterior.

En la segunda sección, se presenta una aproximación al enfoque bioético jurídico, una herramienta esencial para abordar las principales cuestiones éticas y sociales relacionadas con la maternidad subrogada⁴¹. Este apartado implica una detallada contextualización del marco bioético, lo cual incluye la diferenciación entre la bioética de mínimos y máximos, así como la exposición de los principios fundamentales que rigen este campo. De esta manera, se introducen tanto los principios tradicionales como autonomía, beneficencia, no maleficencia y justicia, así como la dignidad, la no instrumentalización y la información. Este análisis se enriquece con la incorporación

⁴¹ La bioética jurídica se posiciona como un recurso esencial para evaluar las implicaciones éticas de la maternidad subrogada, proporcionando un marco conceptual sólido para el análisis de temas complejos como la autonomía reproductiva, la justicia distributiva, la protección de los derechos de todas las partes involucradas en este proceso, entre otras.

de perspectivas contemporáneas como la autonomía relacional y el enfoque interseccional, que permiten analizar más profundamente las vulnerabilidades y desigualdades estructurales que pueden afectar a las mujeres gestantes. Este apartado busca una comprensión teórica de los principios y su aplicación práctica para evaluar la legitimidad ética de la maternidad subrogada.

La tercera sección aborda las implicaciones de considerar la maternidad subrogada en el contexto de los mercados nocivos, examinando sus fundamentos y consecuencias. Se analiza cómo las dinámicas económicas asociadas a estos mercados pueden impactar los derechos y la dignidad de las personas involucradas, identificando los principales riesgos éticos y sociales que surgen al enmarcar esta práctica en lógicas mercantiles. Este enfoque permite reflexionar sobre los riesgos de explotación y desigualdad, así como la necesidad de establecer regulaciones que mitiguen estos efectos negativos y protejan a las partes involucradas en los procesos reproductivos asistidos.

En este sentido, el propósito central de este capítulo es proporcionar los fundamentos bioéticos y jurídicos necesarios para comprender las principales problemáticas que plantea la maternidad subrogada. Con ello, se establecen las bases teóricas que permitirán, en el siguiente capítulo, un análisis más detallado de su aplicación práctica. Este enfoque integral no solo enriquece el debate académico y jurídico, sino que también brinda herramientas conceptuales útiles para orientar la formulación de políticas públicas, el desarrollo normativo y la reflexión crítica en contextos como el peruano, donde estas discusiones aún son incipientes.

Así, el presente análisis busca aportar a la construcción de marcos regulatorios más justos y protectores, en consonancia con los principios de la bioética y el respeto de los derechos humanos. De este modo, la propuesta se dirige a una amplia diversidad de actores, incluidos legisladores, operadores jurídicos, académicos, estudiantes de derecho y personas interesadas en la maternidad subrogada. Con el fin de proporcionar un marco conceptual sólido, fomentando un debate informado que incida en decisiones normativas, institucionales y judiciales.

I. Caracterización y modalidades de la maternidad subrogada

La Organización Mundial de la Salud (OMS) define las técnicas de reproducción médicamente asistidas como procedimientos que involucran la manipulación de ovocitos, espermatozoides o embriones humanos con el fin de generar un embarazo. Dentro de estos tipos de fecundación se incluyen diversos métodos de reproducción, como la fecundación in vitro con transferencia de embriones (FIVET), la transferencia intratubárica de embriones, la microinyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI), la transferencia intratubárica de gametos (GIFT), entre otros (Santa, 2018, p. 12).

Estas diversas técnicas de reproducción asistida han permitido la separación entre la sexualidad y la reproducción, lo que propicia nuevas posibilidades y desafíos en el ámbito de la salud sexual y reproductiva. Esta división implica que la sexualidad puede o no conducir a la reproducción, mientras que la reproducción no necesariamente requiere el ejercicio previo de la sexualidad (Salazar, 2013, p. 8). En consecuencia, hoy en día es posible ejercer la reproducción de manera independiente por medio de las distintas técnicas de reproducción. Estas técnicas se clasifican en dos grupos según el tipo de fecundación realizada: fecundación incorpórea y fecundación extracorpórea o extrauterina.

La fecundación extracorpórea se refiere al proceso de concepción que tiene lugar en un laboratorio, fuera del útero materno, para luego ser transferido al útero de la mujer. Este método incluye modalidades como la fecundación in vitro con transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de embriones, la disección parcial de zona, entre otras. La fecundación incorpórea por su parte, ocurre dentro del cuerpo de la mujer, siendo las técnicas más relevantes la inseminación artificial y la transferencia intratubárica de gametos (Santa, 2018, pp. 12-13). Ambos procedimientos, representan avances significativos en las técnicas de reproducción asistida, ofreciendo alternativas para superar diversas barreras a la concepción y ampliando las posibilidades reproductivas de las personas.

En el caso de la maternidad subrogada, esta puede llevarse a cabo mediante una fecundación incorpórea o extracorpórea. Por un lado, la fecundación incorpórea se realiza mediante una inseminación artificial, que implica la introducción del esperma en la gestante subrogada. Por otro lado, la fecundación extracorpórea se realiza a

través de una fertilización in vitro, que implica la fecundación de los óvulos con el espermatozoides en un entorno de laboratorio, que posteriormente se colocará en la gestante subrogada. Es relevante señalar que la inseminación artificial es menos compleja que la fertilización in vitro, práctica mucho más sofisticada en múltiples aristas (Barrenetxea et al., 2021). Sin embargo, la elección del procedimiento más adecuado dependerá de las circunstancias particulares de cada caso.

Así también, los procedimientos de reproducción asistida permiten el uso de material genético tanto de los padres de intención como de donantes externos, ampliando significativamente las posibilidades reproductivas. Por consiguiente, se establece una distinción adicional basada en la procedencia de la carga genética, categorizándolas en dos tipos: procedimientos homólogos y heterólogos. Esta diferenciación no solo tiene implicancias biológicas, sino también éticas y legales, ya que involucra consideraciones adicionales como la identidad genética del futuro nacido, los cuales serán analizados con mayor detalle en el tercer capítulo.

De acuerdo con Enrique Varsi (2017), cuando se utiliza el material genético de los cónyuges o convivientes se denomina técnica homóloga. En cambio, si se emplea material genético de terceros (donantes) o se recurre a la maternidad subrogada, se clasifica como técnica heteróloga. La gestación subrogada se clasifica como una técnica heteróloga ya que involucra la aportación del material genético proveniente de donantes. A pesar de ello, incluso si el material genético es proporcionado por los cónyuges o convivientes, al llevarse a cabo la gestación por una mujer externa, es razonable que siga siendo considerada de naturaleza heteróloga.

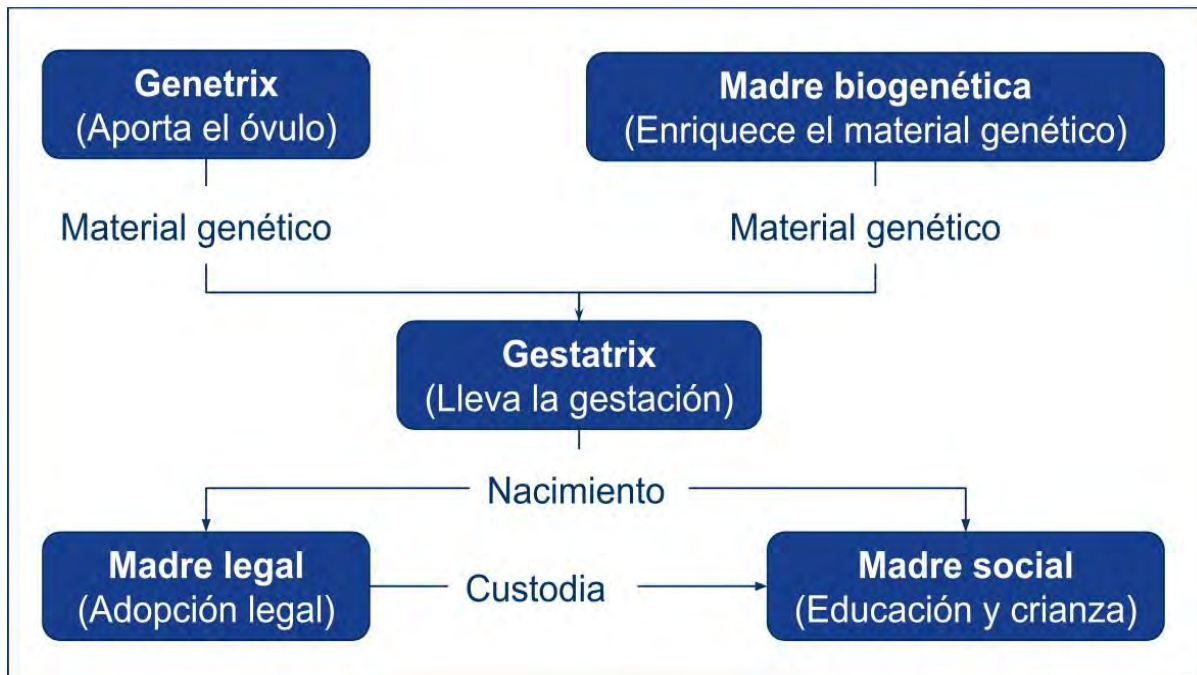
Así también, la gestación por sustitución plantea una compleja red de roles en relación a la maternidad, ya que, es posible la diversificación de dichas funciones maternas (Lamm, 2013, p. 31). Al respecto, se constata que pueden intervenir en este proceso biosociojurídico hasta cinco mujeres. Se incluyen en esta división a la genatrix, quien aporta el óvulo; la madre biogenética, que contribuye al procedimiento con su material genético⁴²; la gestatrix, que ejerce la gestación; la madre legal, quien adopta

⁴² Aportar el óvulo y aportar material genético suelen ser equivalentes en la mayoría de los casos, ya que el óvulo contiene el material genético completo de quien lo dona, por lo que la genatrix cumple ambas funciones al donar su óvulo para la fertilización. Sin embargo, en contextos biotecnológicos avanzados, estas funciones pueden separarse, permitiendo modificar o enriquecer el material genético sin aportar directamente de un óvulo. Esto es posible a través de métodos como la edición genética, donde se introducen genes específicos de otra persona, o mediante la transferencia de ADN

legalmente; y la madre social, quien educa al menor (Varsi, 2017). Esta situación evidencia la complejidad de la subrogación, que el derecho debe resolver, puesto que cada caso puede presentar particularidades distintivas, estas maternidades pueden corresponder a diferentes mujeres, pero también concurrir en una sola mujer.

Figura 11

Roles maternos en la maternidad subrogada



Nota: Estos roles pueden ser asumidos por diferentes mujeres o concurrir en una sola, dependiendo de cada caso particular.

Fuente: Elaboración propia.

Como se puede observar de la figura 11, la maternidad subrogada desafía las concepciones tradicionales de la maternidad, especialmente el principio jurídico clásico “*mater semper certa est*”, según el cual la madre es siempre identificable con certeza a través del parto. Este principio resulta insuficiente en contextos donde la

mitocondrial, donde el material genético mitocondrial de una tercera mujer puede sustituir al original, evitando así la transmisión de ciertas enfermedades mitocondriales. Estas técnicas tienen un impacto significativo en la medicina y la salud, ya que muchas enfermedades tienen un origen genético. La posibilidad de realizar diagnósticos genéticos precisos permite el diseño de terapias personalizadas o intervenciones genéticas que podrían prevenir o tratar enfermedades de forma eficaz (Luna y Buedo, 2021a). Por lo tanto, aunque generalmente el aporte de óvulo y material genético coinciden, en escenarios más complejos pueden diferenciarse estas funciones, justificando su distinción en ciertas clasificaciones.

fecundación extrauterina y la gestación pueden involucrar a varias mujeres con roles distintos: la genatrix, la madre biogenética, la gestatrix, la madre legal y la madre social (Lamm, 2013, pp. 31-32). Estas categorías evidencian que la maternidad puede diversificarse y distribuirse, complicando el panorama jurídico y bioético. En este sentido, esta fragmentación de roles maternos presenta un desafío fundamental para el derecho contemporáneo, que debe adaptarse para resolver cuestiones complejas que el marco jurídico tradicional no contemplaba.

La determinación de la maternidad legal constituye el principal desafío en este contexto, pues es indispensable garantizar claridad y equidad en cada situación particular, un tema que se desarrollará con mayor detalle en el tercer capítulo. No obstante, se debe adelantar que este proceso ya no puede basarse exclusivamente en el hecho biológico del parto, sino que debe considerar la red compleja de relaciones y responsabilidades. La flexibilidad en la distribución de los roles maternos exige un marco jurídico igualmente adaptable pero preciso, que proteja los derechos e intereses de todas las partes implicadas, con especial atención al bienestar del menor. En definitiva, la figura 11 no solo ilustra los diferentes roles, sino que refleja el cambio que la gestación subrogada ha generado en la concepción tradicional de la maternidad, subrayando la necesidad apremiante de que el derecho se adapte para abordar estas nuevas realidades de manera justa y eficaz.

Ahora bien, considerando estas distinciones mencionadas, resulta imperativo tener en cuenta cómo se reflejan en las modalidades de la maternidad subrogada, las cuales se dividen en dos principales vertientes. Dependiendo del origen de los gametos femeninos utilizados en el proceso, esta técnica puede manifestarse como una maternidad subrogada tradicional o bien adoptar la forma gestacional.

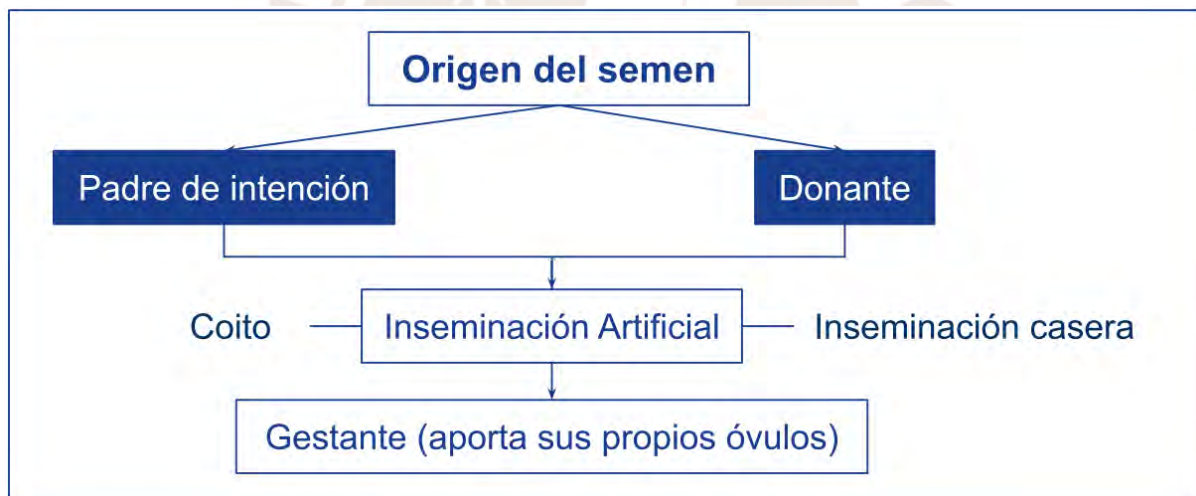
Por un lado, se encuentra la modalidad de **gestación subrogada tradicional**. Se caracteriza por el acuerdo en el que una mujer se compromete a ser inseminada con sus propios óvulos, llevar a cabo la gestación y, tras el parto, entregar al recién nacido, renunciando a todos sus derechos maternos. En este proceso, el semen puede provenir del padre de intención, quien puede estar casado o en pareja, ya sea con una mujer, otro hombre, o ser un hombre soltero. Alternativamente, el semen puede ser de un donante, en cuyo caso los comitentes no aportarían material genético. Esta modalidad puede ser solicitada por una mujer sola que no tiene la capacidad de gestar

ni de aportar sus propios gametos, recurriendo a la subrogación tradicional con semen de donante, o por una pareja de mujeres, ambas imposibilitadas de gestar o de aportar su material genético (Lamm, 2013, p. 27).

En este escenario, al ser la propia gestante quien aporta los gametos femeninos, esta variante opta generalmente por la inseminación artificial, es decir, se trata de una fecundación incorpórea. Esta modalidad también puede realizarse en contextos informales, mediante el coito o la inseminación casera. En estos casos, la intervención del Estado o de profesionales de la salud es mínima o inexistente (Lamm, 2013, p. 28). De esta forma, la gestante no solo desempeña el rol de gestar, sino que también contribuye genéticamente al procedimiento reproductivo (Estrada, 2018, p. 7). En la figura 12 se puede observar las posibles combinaciones que se presentan para este tipo de subrogación.

Figura 12

Combinaciones posibles de la gestación subrogada tradicional



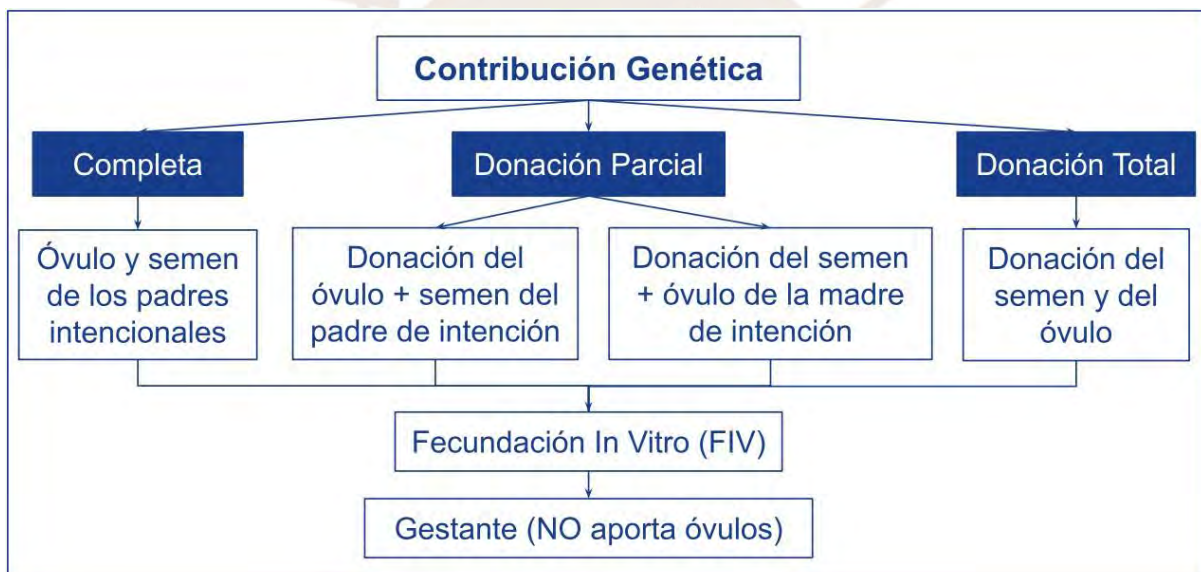
Fuente: Elaboración propia con referencias de Babygest (2018) y Lamm (2013).

Por otro lado, se presenta la modalidad de la **gestación subrogada gestacional**, la cual se caracteriza por la participación exclusiva de la gestante en la función gestacional, es decir, su rol se limita a la gestación y al parto. En este contexto, la mujer subrogada lleva en su útero un embrión que ha sido concebido, necesariamente, mediante una fecundación in vitro, por lo que se trata de un procedimiento extracorpóreo. Por consiguiente, se contempla la opción de llevar a cabo el proceso mediante una ovodonación (Rupay, 2018, p. 106).

Este tipo de gestación subrogada presenta diversas modalidades adaptadas a las circunstancias particulares de los padres de intención. Estas incluyen la contribución genética completa de ambos comitentes, la donación parcial de gametos (ya sea óvulos o espermatozoides), y la donación total de gametos por parte de terceros. En el primer escenario, la pareja aporta tanto el óvulo como el espermatozoide. En las variantes de donación parcial se utiliza el material genético de uno de los comitentes en combinación con gametos donados. Por último, existe la opción de emplear gametos completamente donados, sin vínculo genético con los padres intencionales. Estas alternativas ofrecen flexibilidad para satisfacer los requerimientos específicos de quienes optan por este método reproductivo (Lamm, 2013, p. 28). En la figura 13 se puede vislumbrar sus posibles presentaciones.

Figura 13

Combinaciones posibles de la gestación subrogada gestacional



Fuente: Elaboración propia con referencias de Babygest (2019) y Lamm (2013).

Por lo tanto, se distingue que en la maternidad subrogada tradicional existe un vínculo genético con la gestante; mientras que en la modalidad gestacional no se presenta dicho vínculo genético. Esta distinción resulta crucial, pues es fundamental identificar el tipo de gestación subrogada, especialmente en el ámbito jurídico. Esto se debe a que según su clasificación se derivan diferentes consecuencias legales, como el caso de la determinación de la maternidad legal.

Así las cosas, Eleonora Lamm ha señalado que, aunque podría suponerse que las gestantes que aportan sus propios gametos desarrollan un vínculo emocional más fuerte con el concebido, esto no es necesariamente cierto. Diversos estudios han demostrado que no existen diferencias significativas entre la maternidad subrogada tradicional y la gestacional en términos de apego emocional. Adicionalmente a ello, Lamm sugiere que la modalidad más adecuada es la gestacional, ya que, al no compartir la carga genética con la gestante, se reducen los riesgos de conflictos legales en el futuro (2013, pp. 255-256). De hecho, en la práctica, se ha evidenciado que las disputas son más frecuentes en el modelo tradicional. Esto último, a causa de que al emplear material genético de una persona diferente a la gestante, se evitan posibles confusiones y se disminuyen las tensiones que puedan surgir en torno a la filiación.

La caracterización realizada de la maternidad subrogada revela las particularidades de cada modalidad, abordando desde los aspectos técnicos de su realización hasta las cuestiones de vínculo genético. Comprender el procedimiento de la subrogación en este nivel de precisión resulta fundamental para examinar posteriormente los desafíos bioéticos que emergen en la gestación por sustitución. Al establecer esta distinción se realiza un análisis más profundo sobre las implicancias de la ausencia de regulación de la maternidad subrogada en el contexto peruano, tema que se explorará en detalle en el siguiente capítulo.

En síntesis, si bien los avances en la ciencia médica han permitido grandes progresos en el campo de la reproducción asistida, también han dado lugar a una serie de dilemas éticos, bioéticos y legales. En este contexto, es fundamental abordar estos desafíos por medio del análisis de la bioética jurídica y de sus principios, que proporcionan la información relevante para abordar adecuadamente esta práctica. Por lo tanto, es esencial considerar principios adicionales como la dignidad, la no instrumentalización y la información, para establecer directrices que respeten la autonomía de cada mujer involucrada en sus decisiones reproductivas.

II. Una aproximación al enfoque bioético jurídico

La bioética ha evolucionado significativamente en respuesta a eventos históricos que han puesto de manifiesto la urgente necesidad de proteger los derechos humanos en el ámbito de la investigación científica y la práctica médica. La presente aproximación

al enfoque bioético jurídico destaca cómo, desde acontecimientos precedentes, se ha evidenciado la importancia de abordar los procedimientos relacionados con el ser humano desde una perspectiva interdisciplinaria. En este sentido, se reconoce que los asuntos bioéticos no pueden ser analizados de manera aislada, sino que deben ser examinados en estrecha relación con el derecho. Esta interconexión entre la bioética y el ámbito jurídico permite una comprensión más profunda de los desafíos que surgen en la medicina y la ciencia.

La historia de la bioética está marcada por episodios que revelan la vulnerabilidad de los seres humanos frente al uso de avances científicos desprovistos de prácticas basadas en principios éticos. Los experimentos realizados durante el régimen nazi en campos de concentración durante la Segunda Guerra Mundial son un ejemplo de esta realidad. En estos casos, los prisioneros fueron sometidos a experimentos sin su consentimiento, lo que resultó en consecuencias devastadoras como discapacidades permanentes y/o muertes. En Estados Unidos, casos como el estudio de Willowbrook en 1954 y el estudio de Tuskegee sobre sífilis no tratada, de 1932 hasta 1972, evidenciaron la persistencia de prácticas éticamente cuestionables incluso en sociedades democráticas⁴³ (Vega & López, 2014, p. 362). Estos acontecimientos no solo evidenciaron graves violaciones éticas, sino también la transgresión de diversos derechos fundamentales.

La evidente insuficiencia del rol del investigador en la protección de los participantes en estos estudios impulsó a la comunidad científica y jurídica a desarrollar directrices y normativas para garantizar la ética en la investigación con seres humanos. Como respuesta a ello, se elaboraron documentos fundamentales como: el Código de Nuremberg de 1947, en reacción a las atrocidades del régimen nazi; la Declaración de Helsinki de 1964, que buscaba complementar las deficiencias del Código de Nuremberg; y el Informe Belmont de 1978, que surgió como respuesta directa a los escándalos de Willowbrook y Tuskegee (Vega & López, 2014, p. 362). Estos documentos tenían como objetivo establecer principios éticos y jurídicos sólidos para

⁴³ En Willowbrook, se inoculó el virus de la hepatitis a niños con discapacidad mental grave, sin el consentimiento apropiado, con el propósito de estudiar la historia natural de la enfermedad. Por su parte, en Tuskegee, Alabama, se llevó a cabo un estudio en el que cientos de afroamericanos, mayoritariamente analfabetos, fueron objeto de engaño y privados de tratamiento efectivo para observar la progresión natural de la sífilis (Vega & López, 2014, p. 362).

proteger a los participantes en investigaciones médicas y garantizar que la investigación se realice de manera ética y responsable.

De esta manera, el desarrollo de marcos normativos y bioéticos salvaguardan la dignidad humana y los derechos humanos de las personas en contextos de avance científico y la práctica médica. Estos hitos históricos subrayan la importancia de no abordar la bioética de manera aislada, sino en estrecha relación con el derecho. En este sentido, la bioética jurídica se establece como un campo interdisciplinario esencial para afrontar los desafíos éticos y legales que surgen con los avances en las ciencias de la vida y la medicina.

Es menester destacar que tanto la bioética como el derecho comparten una vocación normativa, orientándose hacia la determinación del *deber ser* y la identificación del *correcto hacer* en situaciones complejas (Siverino, 2024b, p. 39). Esto significa que no solo describen la realidad, sino que buscan definir lo que es ideal o éticamente correcto en diversas circunstancias. Ambas disciplinas se fortalecen por proporcionar guías para tomar decisiones éticas en escenarios difíciles, donde las respuestas no son siempre evidentes. Por consiguiente, esta sinergia entre el derecho y la bioética enriquece el análisis y la resolución de dilemas éticos y legales, ofreciendo respuestas más integrales a los desafíos contemporáneos.

La bioética jurídica, un campo interdisciplinario innovador, integra los principios fundamentales de la bioética con el marco de los derechos humanos. Este enfoque facilita un diálogo productivo entre lo *bio* y la *ética*, y también cimenta una base axiológica consensuada en el ámbito de los derechos humanos. En este panorama, la bioética jurídica proporciona un análisis guiado por los valores emanados del bloque de constitucionalidad y las demandas de una sociedad democrática, basándose en el derecho constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos. Especialmente, esta perspectiva interdisciplinaria resulta esencial en el contexto de un estado constitucional y democrático de derecho (Siverino, 2024b, p. 40). La bioética jurídica no solo facilita la resolución de dilemas complejos, sino que también refuerza la integración de principios éticos y legales en la práctica jurídica.

En su núcleo, la bioética jurídica se caracteriza por su actitud crítica hacia las estructuras de poder establecidas, cuestionando los privilegios arraigados en

sociedades que han sido tradicionalmente patriarcales, binarias y heteronormativas. Al adoptar esta postura, incorpora de manera inherente el enfoque de género y el respeto por la diversidad, promoviendo así una visión social más inclusiva y equitativa (Siverino, 2024b, p. 41). La relevancia de este enfoque crítico se acentúa particularmente en el contexto actual, donde la sobrecarga de información y la proliferación de desinformación plantean desafíos significativos.

En este sentido, la bioética jurídica se erige como un ámbito de investigación y una herramienta analítica valiosa en el examen de dilemas relacionados con la vida humana. Su naturaleza transdisciplinaria permite una comprensión integral de las complejas variables que intervienen en estos escenarios éticos y legales (Siverino, 2024b, p. 41). Así, su metodología permite comprender la complejidad de los dilemas bioéticos, ofreciendo un marco para equilibrar los diversos principios y derechos en conflicto.

La importancia de este enfoque se ve reforzada por las observaciones de Atienza, quien sugiere una conexión metodológica significativa entre el derecho y la bioética. Atienza señala que existen conflictos jurídicos cuya resolución requiere la ponderación de principios contrapuestos, un proceso que la bioética jurídica está equipada para abordar (2010, pp. 53-54). De esta manera, la bioética jurídica no sólo analiza los problemas existentes, sino que también contribuye activamente a la formulación de soluciones que respondan a los desafíos éticos y legales emergentes en el campo de la vida humana.

En consecuencia, la bioética jurídica constituye un marco fundamental para la evaluación de la maternidad subrogada, pues brinda herramientas para situaciones que desafían los marcos morales y legales tradicionales, basándose en una moral laica y cuestionando las estructuras de poder. Asimismo, facilita la resolución equitativa de conflictos, respetando los derechos fundamentales y el derecho internacional de los derechos humanos, ofreciendo una perspectiva interdisciplinaria crucial al integrar estos marcos con los principios bioéticos. La bioética jurídica, fundamentada en la axiología de los derechos humanos y los valores democráticos, propone soluciones que equilibran el progreso con la dignidad humana, incorporando enfoques de género y diversidades (Siverino, 2024b, pp. 41-42).

Este apartado explora los fundamentos teóricos y prácticos de la bioética desde una perspectiva jurídica, comenzando con la distinción entre bioética de mínimos y máximos, para luego profundizar en los principios fundamentales que guían la toma de decisiones en este campo –la autonomía, la beneficencia, la no maleficencia y la justicia. Se incorporan perspectivas contemporáneas como la autonomía relacional y la interseccionalidad. Asimismo, se examina el rol del paternalismo en la regulación de las prácticas médicas y se consideran principios adicionales como la dignidad, la no instrumentalización y la información, que complementan el marco bioético tradicional. Esta aproximación integral permite una comprensión más profunda de la complejidad inherente a las decisiones bioéticas y su vinculación con el ordenamiento jurídico.

II.I. Bioética de mínimos y bioética de máximos

La bioética, como disciplina interdisciplinaria que aborda los dilemas éticos en el ámbito de la biomedicina y las ciencias de la vida, se estructura en torno a diversas perspectivas y enfoques. Dos de los más significativos son la bioética de mínimos y la bioética de máximos. La bioética de máximos se fundamenta en propuestas basadas en una ética de máximos, como sistemas morales comprensivos que gobiernan tanto la esfera privada como la pública, con el objetivo de alcanzar la justicia y la virtud⁴⁴. Esta concepción no reconoce la distinción entre ética privada y ética pública, apostando por la proyección del máximo ético en la esfera pública (De Lora y Gascón, 2008, p. 38). Por tal motivo, y teniendo en cuenta su naturaleza, este enfoque se denomina reglamentista.

En contraste, la bioética de mínimos se basa en propuestas que buscan fundamentar la bioética en el mínimo ético exigible, vinculándola a una teoría de la justicia para el ámbito público. Este enfoque distingue entre ética privada y ética pública, considerando que la bioética únicamente involucra a esta última y debe basarse en un mínimo ético consensuado. En la cultura política occidental, este mínimo ético lo constituyen los derechos humanos y la dignidad del ser humano (De Lora y Gascón, 2008, p. 38). Esta perspectiva se presenta como un método de análisis que, a partir de principios aceptados, establece las bases y procedimientos para alcanzar

⁴⁴ El ejemplo usual e ilustrativo en este escenario es el de la moral religiosa dentro de una sociedad, que es aceptada en todo ámbito en razón de amplias mayorías (De Lora y Gascón, 2008, p. 38).

consensos y resolver problemas prácticos concretos, por lo que se le denomina procedimentalista o consensualista⁴⁵.

En sociedades plurales y secularizadas, la bioética de mínimos se considera más apropiada, ya que reconoce la diversidad social. Mientras que la bioética de máximos se vincula exclusivamente a una concepción reglamentista, la bioética de mínimos, aunque compatible con esta, resulta más coherente con la concepción consensualista (De Lora y Gascón, 2008, p. 39). Por lo que, teniendo en cuenta que la sociedad peruana se caracteriza por sociedades complejas y plurales, aplicar la concepción consensualista de la bioética de mínimos es ideal.

Hugo Tristram Engelhardt argumenta que la bioética pública debe ser minimalista y permisiva debido a la falta de acuerdo común sobre una jerarquía de valores que pueda reemplazar la autodeterminación individual como referencia principal. Esto no impide que grupos religiosos, políticos o sociales ofrezcan enseñanzas más exigentes que complementen la ética pública minimalista, prohibiendo ciertos actos sobre los que esta no se pronuncia⁴⁶ (como se citó en De Lora y Gascón, 2008, p. 39). Este planteamiento ratifica y refuerza mi concepción sobre que el enfoque consensualista es adecuado para el análisis de las problemáticas presentes en nuestra sociedad.

Así las cosas, en el caso de la gestación subrogada, el enfoque de la bioética de mínimos se considera más adecuado y factible, al ser una derivación del liberalismo, sustrato ideológico predominante del Estado Constitucional de Derecho. Este enfoque, más apropiado para una sociedad como la peruana, permitiría legislar solo el mínimo ético consensuado a nivel estatal, basándose en una discusión racional fundamentada en valores comunes compartidos. De esta manera, me alinee con el planteamiento de De Lora y Gascón en relación a adoptar una concepción

⁴⁵ Resulta pertinente subrayar que el principialismo se denomina "procedimentalista" o "consensualista" porque no impone soluciones morales cerradas, sino que ofrece un marco normativo flexible basado en principios éticamente aceptados, los cuales funcionan como puntos de partida comunes para el análisis y la deliberación (De Lora y Gascón, 2008, p. 36). De este modo, en lugar de establecer conclusiones definitivas, este enfoque proporciona un procedimiento para discutir, argumentar y alcanzar consensos razonables sobre dilemas bioéticos concretos (De Lora & Gascón, 2008, p. 40). Así, la bioética se configura como una metodología orientada al diálogo racional y a la toma de decisiones colectivas en contextos pluralistas.

⁴⁶ Pablo De lora y Marina Gascón ejemplifican claramente esta situación con el caso de la Iglesia Católica. Esta institución religiosa, con mayor número de devotos, puede y debe, en relación a sus convicciones, prohibir actos como el aborto, la eutanasia e incluso el recurso de la reproducción asistida. No obstante, la sociedad secular no puede prohibir estos actos ya que no existe un consenso total sobre su inmoralidad (2008, p. 39).

procedimentalista o conceptualista, antes que una reglamentista.

Es indispensable recordar que en un Estado Constitucional Democrático de Derecho como el peruano, la Constitución funciona como un piso mínimo para la convivencia, expresando una ética de mínimos⁴⁷. Por encima de esto, las personas pueden construir sus proyectos de vida según sus propias pautas y valores, adhiriéndose o no a credos religiosos o filosóficos. Esta ética personal responde a una ética de máximos y constituye la pauta a la cual cada individuo ajustará su conducta más allá de lo que la ley establezca (Siverino, 2024b, p. 43). Como sociedad, existe un conjunto de valores compartidos que constituyen una base axiológica común, mientras que las aspiraciones o ideales más elevados son definidos de manera individual. En este sentido, estos últimos tienen un carácter vinculante únicamente en el ámbito de la conciencia personal de quienes los adoptan, sin imponer obligaciones a la totalidad de la población.

En conclusión, se evidencia que el análisis de las problemáticas relativas a la gestación por sustitución, debe abordarse desde la perspectiva de una bioética de mínimos en el marco de un Estado Constitucional. Este enfoque, basado en un mínimo ético consensuado fundamentado en los derechos humanos, proporciona una base sólida para la evaluación de cuestiones bioéticas en la población peruana.

II.II. Los principios de la bioética

Los principios de la bioética constituyen el fundamento ético para la toma de decisiones en el ámbito de la salud, tanto en la atención médica como en la investigación biomédica. Estos principios, que han evolucionado a lo largo del tiempo, proporcionan un marco esencial para abordar los complejos dilemas éticos que surgen en la práctica médica y la investigación con seres humanos.

Desde su concepción inicial, los principios de la bioética han desempeñado un papel central en el desarrollo de políticas y prácticas éticas en el ámbito médico,

⁴⁷ Los valores que emanan del bloque constitucional, junto con los que se desprenden de las demandas de una sociedad democrática, conforman la plataforma axiológica que debe orientar y asentar el accionar de los poderes del Estado. Esta plataforma sirve de base al razonamiento ético y legal de la bioética jurídica. En casos de conflicto entre una obligación legal y las creencias personales, la ley contempla la figura de la objeción de conciencia, permitiendo eximirse del cumplimiento de dicha obligación sin recibir reproche legal. Sin embargo, esta no puede ser utilizada para negar u obstaculizar el goce de derechos de otra persona (Siverino, 2024b, p. 43).

consolidándose como ejes fundamentales del debate bioético. No obstante, la creciente complejidad de las sociedades contemporáneas y los avances tecnológicos han hecho necesario integrar perspectivas complementarias que aborden las nuevas demandas sociales. De ahí que, resulta esencial reconocer la importancia de principios éticos adicionales, como la dignidad, la no instrumentalización y el acceso a la información. Un análisis integral de estos principios y su interacción con conceptos como el paternalismo adquiere especial relevancia para enfrentar desafíos actuales, como el caso de la maternidad subrogada, demostrando cómo los avances médicos y las dinámicas sociales demandan una articulación efectiva entre la ética y el derecho.

Puntualmente, la formulación de los principios bioéticos tiene sus raíces en el Informe Belmont de 1978, un documento histórico emitido por una Comisión Nacional creada por el Congreso de Estados Unidos. Este informe identificó tres principios éticos básicos para guiar la investigación con seres humanos: respeto a la persona, beneficencia y justicia (Vega & López, 2014, pp. 364-365). Sin embargo, la publicación más influyente de estos principios se produjo un año después, en 1979, con la publicación de "*Principles of biomedical ethics*" por Thom L. Beauchamp y James F. Childress⁴⁸. Esta obra, que sigue siendo una referencia fundamental en el campo de la bioética, amplió el marco ético al añadir un cuarto principio: la no maleficencia.

⁴⁸ Debido al exhaustivo análisis realizado por Beauchamp y Childress, he basado mi evaluación de los principios principalmente en sus planteamientos, sin dejar de considerar las aportaciones de otros autores influyentes en el campo de la bioética. Es relevante destacar que *Principles of biomedical ethics* tiene ocho ediciones desde su publicación inicial en 1979. La primera edición (1979) presentó una introducción de los cuatro principios y estableció la estructura básica del libro. La segunda edición (1983) revisó y actualizó los contenidos, manteniendo el enfoque en los principios. En la tercera edición (1989), se extendió el análisis y se incorporaron más ejemplos clínicos y casos de estudio. La cuarta edición (1994) profundizó en temas emergentes como la autonomía del paciente y el consentimiento informado. En la quinta edición (2001), se ampliaron los contenidos para incluir desarrollos recientes, como la ética del cuidado y la globalización de la bioética, con revisiones sustanciales en las discusiones sobre justicia y distribución de recursos. La sexta edición (2009) introdujo un nuevo capítulo sobre ética global y amplió las discusiones sobre la ética del cuidado. La séptima edición (2013) actualizó los ejemplos contemporáneos y revisó los capítulos sobre justicia, incorporando nuevas discusiones sobre equidad en la atención médica y políticas de salud pública. Finalmente, la octava edición (2019) integró una perspectiva más global y una discusión más matizada sobre los desafíos éticos en la investigación médica, revisando todas las secciones para reflejar los desarrollos más recientes en bioética. Para los fines de la presente tesis, se utiliza la séptima edición, que proporciona la información necesaria para un análisis adecuado de los principios. Cada edición ha mantenido el enfoque en los cuatro principios centrales, mientras ha incorporado nuevas discusiones, estudios de casos y análisis teóricos para reflejar los cambios en la práctica clínica, la política pública y los debates académicos en bioética.

De este modo, la teoría del principialismo de Beauchamp y Childress, que ha llegado a dominar gran parte del discurso bioético, establece los cuatro principios fundamentales:

- Autonomía: el respeto por la autodeterminación de las personas.
- No maleficencia: la obligación de no causar daño.
- Beneficencia: el deber de hacer el bien y prevenir el daño.
- Justicia: la promoción de una distribución equitativa de riesgos, recursos y beneficios.

Estos principios han sido ampliamente adoptados y adaptados en la ética médica y la bioética, proporcionando una base para el análisis y la resolución de dilemas éticos. Sin embargo, con el tiempo, diversos autores han propuesto principios adicionales y refinamientos a este marco bioético, reconociendo la complejidad y diversidad de las situaciones que se presentan. Así también, estos principios, consolidados inicialmente por Beauchamp y Childress, han sido objeto de diversas interpretaciones y debates en cuanto a su aplicación y jerarquización.

De Lora y Gascón señalan que han surgido diversas posturas en torno a la interpretación de estos principios, incluyendo intentos de diferenciar su grado de importancia o jerarquizarlos según su relevancia moral (2008, p. 41). Un ejemplo notable de ello fue el enfoque de Diego García, quien propone una distinción entre aquellos principios *prima facie* que obligan siempre. En caso de conflicto, el autor sugiere que los principios se jerarquicen según la situación concreta, otorgando un rango superior a la no maleficencia y la justicia sobre la autonomía y la beneficencia (García, 1993, como se citó en Atienza, 2010, p. 46).

Mientras que, esta no ha sido una postura del todo aceptada, tanto Beauchamp y Childress como Atienza adoptan posturas diferentes. Argumentan que es un error en la ética biomédica asignar prioridad a cualquier principio básico sobre otros, como si la moralidad debería estructurarse jerárquicamente. En su lugar, proponen una estrategia que aprecie tanto las contribuciones como los límites de varios principios, virtudes y derechos, considerando las circunstancias particulares de cada caso (Beauchamp & Childress, 2013, p. ix; Atienza, 2010, p. 46). Por ende, asignar un valor diferenciado a cada principio no parece ser una solución viable.

Al respecto, es importante destacar que, a pesar de las múltiples variantes posibles en la interpretación y aplicación de estos principios, *existe un consenso general sobre su relevancia moral y su papel como base mínima para articular respuestas a los problemas bioéticos* (De Lora & Gascón, 2008, p. 42). Por lo tanto, los principios de la bioética: autonomía, no maleficencia, beneficencia y justicia, se erigen como pilares éticos fundamentales para una toma de decisiones informada y responsable.

En esta sección, se examinan en profundidad estos principios clásicos de la bioética. Sin embargo, el análisis irá más allá de sus definiciones tradicionales para explorar conceptos y perspectivas relacionadas que enriquecen la comprensión de estos principios. Comenzando con el principio de autonomía, donde no solo se aborda su concepción tradicional, sino que también se explora el concepto de autonomía relacional, que reconoce la influencia de las relaciones sociales y los contextos en la toma de decisiones individuales. Asimismo, al examinar los principios de beneficencia y no maleficencia, se abarca el concepto de paternalismo, analizando cómo se equilibra la protección del bienestar del paciente con el respeto a su autonomía. Sobre el principio de justicia, se incorpora el enfoque de la interseccionalidad, reconociendo cómo las múltiples identidades y formas de opresión interactúan para crear experiencias únicas de desigualdad.

Finalmente, se incluyen otros principios relevantes, como el principio de dignidad, el de no instrumentalización y el de información. Estos principios adicionales, así como los principios éticos clásicos, permiten abordar de manera más completa los desafíos que surgen al evaluar casos complejos y controvertidos como la maternidad subrogada, teniendo en cuenta las complejidades de las experiencias humanas y las realidades sociales en las que se desarrollan.

II.II.I. Autonomía y la autonomía relacional

El concepto de autonomía en bioética ha evolucionado significativamente desde su concepción inicial como principio fundamental. Por este motivo, este apartado examina el principio de autonomía desde dos perspectivas complementarias: la visión tradicional, que enfatiza la capacidad individual de autodeterminación en la toma de decisiones sanitarias, y la noción más reciente de autonomía relacional, que emerge desde la crítica feminista.

Esta última perspectiva relacional, reconoce que la autonomía no se ejerce en el vacío, sino que está profundamente influenciada por el contexto social, las relaciones interpersonales y las estructuras de poder que moldean las decisiones de los individuos. El análisis de ambos enfoques permite una comprensión más fructífera de cómo se materializa la autonomía en el contexto bioético, especialmente en situaciones donde las vulnerabilidades y las dinámicas de poder representan un punto crucial en la toma de decisiones sobre la salud.

II.II.I.I. El principio de autonomía

El principio de autonomía establece que los individuos deben ser reconocidos como seres autónomos, capaces de tomar decisiones basadas en sus propios valores y creencias. Aunque no se considera un principio absoluto, la autonomía es un componente moral esencial dentro de un sistema de principios éticos (Atienza, 1998, p. 76). Este principio también implica la obligación de permitir e incluso facilitar a los individuos la capacidad de actuar y ejercer su autonomía.

De Lora y Gascón enfatizan que la autonomía refleja el carácter autolegisador de las personas, subrayando la importancia de respetar la autodeterminación individual, especialmente en asuntos relacionados con la vida y la salud (2008, p. 43). Este concepto se basa en la idea de que cada persona tiene el derecho de tomar decisiones sobre los asuntos que le conciernen directamente. Ahora bien, cuándo podemos aseverar que estamos frente a una acción es considerada autónoma.

Beauchamp y Childress establecen: *“We analyze autonomous action in terms of normal choosers who act (1) intentionally, (2) with understanding, and (3) without controlling influences that determine their action”* [Analizamos la acción autónoma en términos de personas que eligen normalmente y que actúan (1) intencionalmente, (2) con comprensión, y (3) sin influencias controladoras que determinen su acción] (2013, p. 104). En consecuencia, para que una acción sea autónoma debe cumplir con los tres criterios mencionados.

En primer lugar, la intencionalidad implica que las acciones deben ser planificadas y corresponder a la concepción del actor sobre el acto en cuestión. En este sentido, los resultados previstos, pero no deseados suelen ser parte de un plan de acción intencional (Beauchamp & Childress, 2013, p. 104). Los autores consideran que la

motivación a menudo refleja deseos y necesidades, pero este hecho no hace que una acción sea menos intencional o autónoma.

En segundo lugar, la comprensión requiere que el individuo tenga un entendimiento sustancial de la acción y sus implicaciones. Por consiguiente, una acción no es autónoma si el actor no la comprende adecuadamente. Dentro de las condiciones que limitan la comprensión se incluyen situaciones como la enfermedad, la irracionalidad y la inmadurez. Así también, las deficiencias en el proceso de comunicación también pueden dificultar la comprensión (Beauchamp & Childress, 2013, p. 104).

En tercer lugar, la ausencia de control externo significa que la persona debe estar libre de coerción o manipulación que pueda comprometer su autodirección. Con todo eso, se debe tener en cuenta que no todas las influencias ejercidas sobre otra persona son controladoras (Beauchamp & Childress, 2013, p. 105). En el análisis de los autores, el no control y voluntariedad se centra puntualmente en la coerción y la manipulación como categorías clave de influencia, pues son condiciones que pueden limitar la voluntariedad.

Es importante destacar que Beauchamp y Childress no exigen una comprensión completa o una ausencia total de influencias para considerar una acción como autónoma. Reconocen que, en el mundo práctico, las decisiones rara vez, si es que alguna vez, son completamente autónomas. Esta perspectiva realista permite una aplicación más flexible y práctica del principio de autonomía en contextos complejos. El respeto de la autonomía, según estos autores, va más allá de una simple actitud de no interferencia (2013, p. 107). Esto implica acciones activas para reconocer y apoyar el derecho de los individuos a tomar decisiones basadas en sus propios valores y creencias. De modo que, incluye la obligación de proporcionar información adecuada, asegurar la comprensión, su voluntariedad y fomentar decisiones informadas.

Por este motivo, los autores argumentan que el principio de respeto a la autonomía tiene tanto obligaciones negativas como positivas. Las obligaciones negativas implican evitar restricciones controladoras sobre las acciones autónomas de otros. Las obligaciones positivas, por otro lado, requieren un trato respetuoso en la divulgación de información y acciones que fomenten la toma de decisiones autónomas (Beauchamp & Childress, 2013, p. 107).

En conclusión, el principio de autonomía es un componente crucial en la ética médica y la bioética, que busca equilibrar el respeto por la autodeterminación individual con las realidades prácticas de la toma de decisiones en contextos médicos. Sin embargo, es importante recordar que la autonomía no debe interpretarse como un principio que tiene prioridad sobre todos los demás principios morales, sino como parte de un marco más amplio de principios éticos.

II.II.I.II. La autonomía relacional en bioética: una perspectiva feminista

La autonomía relacional emerge en el campo de la bioética como una respuesta crítica a las concepciones clásicas de la autonomía, que tradicionalmente se han centrado en la independencia y la autodeterminación individual. Este nuevo enfoque, influenciado por el feminismo, reconoce que la autonomía se desarrolla y ejerce dentro de un contexto social complejo que influye significativamente en las capacidades y oportunidades de los individuos para actuar de manera autónoma.

La crítica feminista a la concepción tradicional de la autonomía en bioética ha sido fundamental para el desarrollo de esta perspectiva relacional. Mackenzie y Stoljar, teóricas feministas, han identificado problemas teóricos y políticos significativos en las concepciones históricas y contemporáneas de la autonomía. Sin embargo, en lugar de rechazar completamente el concepto, lo han reconceptualizado desde una perspectiva feminista, dando origen a lo que se conoce como "autonomía relacional" (2000, pp. 3-4).

Por su parte, McLeod y Sherwin argumentan que los enfoques tradicionales de la autonomía en bioética han pasado por alto un factor crucial que puede comprometer la capacidad de un agente para actuar autónomamente: las fuerzas de la opresión. Estas fuerzas, que incluyen, pero no se limitan al sexismo, el racismo y otras formas de discriminación sistémica, operan de manera compleja y a menudo invisible, afectando a grupos sociales enteros más allá de individuos aislados. Las autoras sostienen que abordar estos factores requiere un cambio en las condiciones sociales amplias que constituyen la opresión, no solamente modificaciones en las circunstancias específicas de un individuo (2000, p. 259). Por lo que, la autonomía relacional busca soluciones con una perspectiva políticamente consciente, orientadas a transformar las condiciones sociales subyacentes en lugar de limitarse a ampliar las opciones disponibles para los agentes.

En este contexto, la autonomía relacional propone que, para evaluar adecuadamente la capacidad de un individuo para ejercer la autonomía, es necesario considerar su ubicación social y el impacto de las estructuras sociales y políticas. Consideran relevantes las identidades de los agentes, que se forman dentro del contexto de las relaciones sociales y son moldeadas por un complejo de determinantes sociales que se entrecruzan, como la clase, el género, la etnicidad y las estructuras de autoridad. Este enfoque reconoce explícitamente que la autonomía se define y persigue en un contexto social que influye significativamente en las oportunidades que tiene un agente para desarrollar o expresar habilidades de autonomía (McLeod & Sherwin, 2000, p. 280).

Beauchamp y Childress, han reconocido las concepciones relacionales de la autonomía; sin embargo, argumentan que estas perspectivas son defendibles siempre que no descuiden las características principales de la autonomía. Los autores reconocen que las identidades de las personas se forman a través de interacciones sociales y determinantes sociales complejos que se cruzan (2013, p. 106). Las personas son interdependientes, están en riesgo de socialización opresiva y relaciones sociales que pueden afectar indebidamente sus deseos y creencias, obstaculizando el desarrollo de capacidades esenciales para la autonomía.

Por su lado, Susan Dodds aporta una crítica importante al enfoque tradicional de la autonomía en bioética, cuestionando el vínculo prevalente entre el respeto por la autonomía y los procedimientos para obtener el consentimiento informado. La autora propone que un enfoque relacional apropiado debe atender no solo a las elecciones en la atención médica, sino también a cómo las prácticas de atención médica pueden contribuir al desarrollo y configuración de la capacidad de las personas para la autonomía (2000, p. 214). Este enfoque amplía significativamente el alcance de la consideración ética en la práctica médica, yendo más allá del mero consentimiento informado.

La influencia del feminismo en el desarrollo de la autonomía relacional en bioética ha sido fundamental, proporcionando una crítica sustancial a las concepciones tradicionales de autonomía y ofreciendo perspectivas alternativas más inclusivas y contextualizadas. Dodds señala que las feministas en bioética han mantenido una actitud ambivalente hacia el ideal de autonomía tal como se ha entendido

convencionalmente en este campo (2000, p. 214). Esta ambivalencia surge de la percepción de que la concepción dominante de la autonomía en la literatura bioética –entendida como una elección informada, racional y libre– no se ajusta adecuadamente a la experiencia de las mujeres con la intervención médica, especialmente en áreas como la toma de decisiones reproductivas.

Rosemarie Tong, una destacada teórica en bioética feminista, identifica tres enfoques clave que han contribuido significativamente a la reconceptualización de la autonomía: el feminismo liberal, el feminismo radical y el feminismo cultural (1996, p. 74). Cada uno de estos enfoques ofrece una perspectiva única sobre la naturaleza de la autonomía y su relación con el contexto social y corporal de las mujeres.

1. Feminismo Liberal en Bioética

El feminismo liberal en bioética se centra en la importancia de la elección autónoma y la libertad reproductiva. Como explica Susan Dodds, las feministas liberales argumentan que no hay nada inherente a la capacidad reproductiva de las mujeres que justifique limitar su libertad para elegir alternativas reproductivas que no sean inherentemente perjudiciales para los demás (2000, p. 219).

Laura Purdy (1989), por ejemplo, utiliza el lenguaje del contrato y la libertad reproductiva para argumentar a favor de la libertad de las mujeres para ser o utilizar los servicios de gestantes subrogadas. Las feministas liberales rechazan el paternalismo implícito en la protección de las mujeres de sus propias elecciones y cuestionan si el riesgo de daño que puede seguir a las decisiones sobre el embarazo o la crianza de los hijos es diferente de otros tipos de elecciones.

Este enfoque es consistente con el énfasis bioético en respetar la autonomía a través del reconocimiento de la elección informada. Además, desafía las percepciones sociales o prejuicios sobre la supuesta incompetencia de las mujeres para elegir autónomamente debido a su género y exige que los bioeticistas atiendan los obstáculos para una comunicación efectiva de la información médica. Por tanto, el alcance de la elección personal no debe ser limitado arbitrariamente, no debe restringirse injustificadamente las alternativas para las mujeres y que el respeto por la elección personal requiere la provisión de información precisa, clara y adecuada.

Sin embargo, el enfoque feminista liberal ha sido criticado por dos razones principales. Por un lado, asume que la toma de decisiones en atención médica ocurre en un vacío social, ignorando los factores sociales que influyen en la disponibilidad de alternativas y asumiendo que todas las personas están igualmente bien situadas para tomar decisiones sobre la salud. Por otro lado, no reconoce adecuadamente las diversas formas en que la corporalidad femenina puede afectar el control de las mujeres sobre sus decisiones, particularmente en lo que respecta a decisiones reproductivas y de crianza (Dodds, 2000, pp. 219-220).

2. Feminismo Radical en Bioética

El feminismo radical en bioética enfatiza el papel que ha jugado el patriarcado en las instituciones de la ciencia médica, el matrimonio, la heterosexualidad y la familia. Como explica Susan Dodds, este enfoque argumenta que la capacidad reproductiva de las mujeres en sí misma ha sido la fuente de su opresión y que las aparentes decisiones que toman sobre la reproducción no son realmente decisiones autónomas porque los contextos son construidos por el patriarcado (2000, p. 220).

Feministas radicales como Robyn Rowland y Janice Raymond sostienen que la identidad de la mujer, bajo el patriarcado, está vinculada a su capacidad reproductiva. Esto hace que la mujer esté conectada, dependiente y relacionada con otros de una manera que es tanto perjudicial para ella como para el género en general al mostrarla subordinada a los hombres. En esta visión, las mujeres carecen de control sobre la tecnología reproductiva y la práctica médica, y por lo tanto deben tener cuidado de no ser explotadas por estas (Dodds, 2000, p. 220).

El enfoque feminista radical argumenta que hasta que las mujeres ganen control sobre las tecnologías reproductivas y hasta que se rompa el vínculo entre ser mujer y tener un estatus social inferior debido a sus capacidades reproductivas, las mujeres deben rechazar las formas de intervención médica que explotan esta conexión. La expresión de una elección en la salud no debe entenderse como una mera expresión de elección autónoma, porque el contexto social dentro del cual las mujeres toman decisiones reproductivas es tanto explotador como opresivo.

Susan Dodds critica este enfoque feminista por ser inconsistente al desconfiar de la tecnología médica como una herramienta patriarcal de explotación, mientras ve la

intervención estatal como no problemática. Ello, a pesar de que ambas instituciones pueden estar influenciadas por intereses patriarcales. Argumenta que para explicar adecuadamente cómo la opresión patriarcal afecta la autonomía de las mujeres, es necesario diferenciar entre prácticas médicas más y menos explotadoras. Además, critica la idea de que el acceso no regulado a las tecnologías reproductivas es explotador sin exigir la misma regulación para otras prácticas potencialmente explotadoras (2000, p. 221). En síntesis, Dodds plantea un enfoque más matizado y coherente que considere cómo diferentes contextos sociales afectan las decisiones de las mujeres en la atención médica, y que trate las decisiones reproductivas con igual consideración que otras decisiones de salud importantes.

3. Feminismo Cultural en Bioética

El feminismo cultural en bioética se basa en el trabajo de Carol Gilligan y se centra en las relaciones de cuidado entre las personas, rechazando el atomismo aislado de las teorías éticas basadas en la justicia. Como señala Susan Dodds, este enfoque rechaza la centralidad de la autonomía en el principialismo bioético y valora positivamente la actividad de cuidado y la responsabilidad de cuidar (2000, p. 221).

A diferencia de las feministas radicales que ven la interconexión de las mujeres con los demás como la fuente de la opresión, las feministas culturales ven esta interconexión como valiosa. Para las feministas culturales, el enfoque adecuado de la preocupación ética son las interrelaciones, las conexiones entre las personas. Las políticas y prácticas deben ser evaluadas en términos del grado en que fomentan o disuelven las relaciones de cuidado (Dodds, 2000, p. 221).

Autoras como Joan Tronto y Susan Sherwin han desarrollado versiones explícitamente feministas de este enfoque, destacando la necesidad de una explicación crítica de la opresión para complementar cualquier explicación del cuidado. Por un lado, Tronto argumenta que una teoría ética bien articulada en la que el cuidado tenga un papel central puede desafiar mejor todas las formas de opresión. Por su parte, Sherwin muestra cómo este tipo de enfoque de cuidado, informado por una explicación de la opresión, puede aplicarse a cuestiones bioéticas (Dodds, 2000, p. 222). El enfoque del cuidado en la bioética destaca las muchas formas en que las personas que enfrentan decisiones en contextos de atención médica no toman decisiones como átomos racionales aislados. Más bien, sus decisiones a menudo son

afectadas por la preocupación de una serie de relaciones que valoran, las que tienden a ser descontadas debido a la comprensión de la elección autónoma en la bioética convencional.

Estos tres enfoques feministas han contribuido significativamente a la crítica de la concepción tradicional de autonomía y al desarrollo de una concepción alternativa que refleja mejor la existencia corpórea y el contexto social concreto de la toma de decisiones en el cuidado de la salud. La autonomía relacional, influenciada por estas perspectivas feministas, reconoce que las decisiones en contextos de salud no son tomadas por individuos aislados, sino por personas inmersas en redes de relaciones y condicionadas por factores sociales, culturales y estructurales.

Esta concepción amplia de la autonomía permite una comprensión de la toma de decisiones en el ámbito de la salud, considerando las experiencias corporales de las mujeres, las dinámicas de poder en las instituciones y las relaciones de cuidado. Al desafiar las concepciones tradicionales de autonomía y proponer alternativas que reconocen la complejidad de las experiencias de las mujeres, el feminismo ha contribuido a una bioética más inclusiva y sensible al contexto.

La perspectiva feminista en bioética, como señala Florencia Luna, es crucial para abordar las asimetrías de poder en el campo de la salud. Esta mirada ayuda a deconstruir la visión androcéntrica natural en el ámbito sanitario, reconociendo que hombres y mujeres no tienen los mismos cuerpos ni están expuestos a los mismos riesgos, por lo que su abordaje no puede ser idéntico para todos (Luna y Buedo, 2021b). El enfoque relacional permite una comprensión más contextualizada de las decisiones y experiencias de las mujeres en el ámbito de la salud.

Se evidencia que, así como en la bioética hay diversos feminismos que ponen el acento en diferentes elementos, con la reproducción asistida hay una ruptura en el feminismo respecto a cuán justificadas son las prácticas y cuán moralmente aceptables son o no. Aquí se empieza a jugar con el rol reproductivo de la mujer, cuestionando hasta qué punto estas técnicas reproductivas, en lugar de emancipar a la mujer y permitirle extender su capacidad reproductiva de una manera más análoga o parecida al varón, pueden tener efectos problemáticos.

Una mirada del feminismo liberal sostiene que las tecnologías reproductivas son vistas como herramientas de emancipación para las mujeres, al ampliar sus posibilidades reproductivas, permitiéndoles postergar la maternidad para priorizar su formación académica y profesional. Empero, otras corrientes feministas cuestionan esta visión, señalando que muchas de estas técnicas resultan altamente invasivas para el cuerpo de la mujer y plantean interrogantes sobre por qué se insiste en promover un modelo de reproducción “natural” a toda costa (Luna y Buedo, 2021b). En esta línea crítica, se cuestiona si la gestación subrogada refuerza estereotipos tradicionales de género o si cosifica a las mujeres, reduciéndolas a su función reproductiva. Por tanto, considerar el pensamiento feminista favorece un análisis plural que incorpore sus diversas corrientes para ponderar tanto la libertad reproductiva como los riesgos de explotación o cosificación que pueden surgir.

Por último, es importante reconocer que muchos miembros de nuestra sociedad han sido dañados en diversos grados por estas fuerzas de opresión, y muchos tienen una capacidad disminuida para ejercer la autonomía como consecuencia de sus experiencias como miembros de grupos oprimidos. Para las mujeres, históricamente encasilladas en un rol de subordinación en la sociedad, la autonomía relacional representa un avance significativo en el ejercicio de su autonomía. Este enfoque, reconoce la complejidad de las relaciones sociales y las estructuras de poder que influyen en la capacidad para actuar de manera autónoma. Proporciona una base sólida y ética para abordar los desafíos bioéticos contemporáneos, permitiendo una consideración más profunda de los factores sociales, culturales y estructurales que afectan la toma de decisiones individuales.

En este sentido, la autonomía relacional ofrece un marco analítico más amplio y contextualizado para abordar los dilemas éticos y jurídicos vinculados a la maternidad subrogada. Esta perspectiva permite considerar no solo el consentimiento formal de las partes, sino también el entramado de relaciones de poder, condiciones sociales y económicas, y dinámicas de género que influyen en la toma de decisiones⁴⁹. Así, se brinda una herramienta útil para legisladores, operadores jurídicos, académicos,

⁴⁹ Por ejemplo, en contextos de subrogación transnacional, la autonomía relacional posibilita una evaluación más rigurosa de si las decisiones de las gestantes se toman en condiciones de libertad real, o si están condicionadas por factores como la precariedad económica o sus contextos políticos.

estudiantes de derecho y cualquier persona interesada en comprender críticamente esta práctica.

II.II.II. Beneficencia y no maleficencia

Los principios de beneficencia y no maleficencia constituyen pilares fundamentales en la bioética, estableciendo directrices esenciales para la práctica médica y la toma de decisiones en el ámbito sanitario. Este apartado analiza la interrelación y las tensiones entre estos dos principios aparentemente complementarios: la obligación de no causar daño (no maleficencia) y el deber de procurar el bien (beneficencia).

Esta discusión se extiende hacia el paternalismo médico, examinando cómo este enfoque histórico de la medicina busca equilibrar la protección del paciente con el respeto a su autonomía, justificando su empleo en los referidos dos principios bioéticos. Este análisis crítico permite comprender los desafíos contemporáneos en la regulación sanitaria, donde se debate constantemente el balance entre la protección del paciente y su capacidad de autodeterminación, explorando si el paternalismo puede constituir un enfoque válido.

II.II.II.I. Principio de no maleficencia

El principio de no maleficencia es un pilar fundamental en la ética médica y bioética, que se ha desarrollado y refinado a lo largo del tiempo. Aunque a menudo se asocia con la máxima *primum non nocere* ("ante todo, no hacer daño"), su origen y aplicación son más complejos. Esto se debe a que, si bien esta máxima se atribuye comúnmente a la tradición hipocrática, esta no aparece textualmente en el corpus hipocrático. A pesar de ello, el juramento hipocrático sí incorpora obligaciones de no maleficencia y de beneficencia, estableciendo que el médico debe usar su conocimiento para ayudar a los enfermos, pero nunca para perjudicarlos (Beauchamp & Childress, 2013, p. 150).

Este principio subraya la importancia primordial de evitar el daño en la práctica médica. No obstante, De Lora y Gascón reconocen que en dicha práctica clínica, casi cualquier intervención puede producir daños potenciales. Por lo tanto, argumentan que este principio no exige simplemente "no dañar", sino evitar daños innecesarios o desproporcionados en relación con los beneficios esperados (2008, p. 44). Es decir, se requiere que dentro del balance realizado de las cargas como de los beneficios que implican una intervención, sean los beneficios los más favorables. Esta

interpretación incorpora dos principios clásicos de la ética médica: el principio de proporcionalidad de la terapia y el principio del doble efecto.

Ahora bien, Beauchamp y Childress están a favor de mantener la no maleficencia como un principio separado de la beneficencia, pues fusionar estos principios puede oscurecer distinciones morales críticas. Sostienen que las obligaciones de no dañar a otros (no maleficencia) son distintas de las obligaciones de ayudar a otros (beneficencia), y que esta distinción es importante para diferentes tipos de teorías morales. Además, sugieren que las obligaciones de no maleficencia generalmente son más rigurosas que las de beneficencia, y que en algunos casos, la no maleficencia puede tener prioridad sobre la beneficencia, incluso si el resultado utilitario más favorable se obtendría actuando con beneficencia (2013, p. 151). Por el contrario, también se constatan filósofos como William Frankena, que combinan estos principios en uno solo⁵⁰.

En síntesis, el principio de no maleficencia en la ética médica y bioética va más allá de simplemente "no hacer daño". Implica un equilibrio cuidadoso entre los riesgos y beneficios de las intervenciones médicas, reconociendo la complejidad de la práctica clínica. Este principio se mantiene como un concepto distinto y crítico, que guía a los profesionales de la salud en la toma de decisiones éticas, no se fusiona con otros principios éticos como la beneficencia, pero se complementa.

II.II.II.II. Principio de beneficencia

El principio de beneficencia, como ya se ha desarrollado, se interrelaciona estrechamente con el principio de no maleficencia. Este principio se enfoca en la obligación moral de actuar en beneficio de otros, yendo más allá de simplemente evitar el daño. Atienza define la beneficencia como acciones positivas orientadas a prevenir o eliminar el daño y promover el bienestar (1998, p. 76). Este enfoque busca maximizar los beneficios y minimizar los posibles daños que puedan surgir en la práctica clínica y la investigación.

⁵⁰ Frankena divide el principio de beneficencia en cuatro obligaciones generales: no infligir daño (no maleficencia), prevenir el daño, eliminar el daño, y promover el bien (beneficencia). Sin embargo, Beauchamp y Childress consideran que establecer un orden de prioridad entre estas obligaciones es insostenible. En lugar de ello, agrupan los principios de no maleficencia y beneficencia en cuatro normas sin un orden jerárquico a priori: no infligir mal o daño (no maleficencia), prevenir el mal o daño, eliminar el mal o daño y promover el bien (beneficencia) (Beauchamp & Childress, 2013, p. 151).

Beauchamp y Childress proponen dos aspectos del principio de beneficencia: la beneficencia positiva y la utilidad. La beneficencia positiva requiere que los agentes proporcionen beneficios a los demás, mientras que la utilidad exige un equilibrio entre beneficios, riesgos y costos para producir los mejores resultados generales. Estos autores establecen una serie de reglas prima facie de obligación bajo el principio de beneficencia positiva, que incluyen proteger y defender los derechos de los demás, prevenir daños, eliminar condiciones que puedan causar daño, ayudar a personas con discapacidades y rescatar a personas en peligro (2013, pp. 202-203).

Lo que es más sobresaliente, es que aunque Beauchamp y Childress incluyen el principio de utilidad en su concepción de beneficencia, lo distinguen del utilitarismo clásico. En su perspectiva, la utilidad es únicamente uno entre varios principios prima facie y no determina por sí sola el equilibrio general de las obligaciones morales, en contraste, los utilitaristas consideran la utilidad como el único principio de ética (2013, p. 203).

Así las cosas, la relación entre beneficencia y no maleficencia es compleja y a menudo difícil de delimitar. De Lora y Gascón señalan que es difícil trazar una distinción moral nítida entre estos dos principios, ya que ambos son expresiones de la obligación más abstracta de hacer el bien y no el mal (2008, p. 45). Además, la mayoría de las actuaciones en el ámbito sanitario buscan un beneficio pero también pueden producir daño, ambos principios se proyectan simultáneamente en la práctica médica. Esta interrelación entre ambos principios podría llegar a explicar por qué el Informe Belmont los concibió inicialmente como un solo principio.

A pesar de todo, De Lora y Gascón sugieren que es más apropiado considerar estas exigencias éticas como un *continuum*, reconociendo su interconexión, pero manteniendo sus distintas orientaciones. Los autores, consideran que el principio de beneficencia es más que el de no maleficencia, debido a su obligación de tomar medidas positivas (2008, p. 45). En este sentido, la beneficencia implicará el deber de hacer o promover el bien y de planear las mejores alternativas posibles, a diferencia de la no maleficencia.

En conclusión, el principio de beneficencia en la ética médica y bioética implica una responsabilidad activa de promover el bienestar y prevenir el daño, más allá de la mera abstención de acciones perjudiciales. Su aplicación requiere un cuidadoso

equilibrio entre los beneficios potenciales y los riesgos, así como una consideración de su relación con la no maleficencia. Esta perspectiva de la beneficencia es una guía para la toma de decisiones éticas en la práctica médica y la investigación, promoviendo un enfoque holístico del cuidado y bienestar del paciente.

II.II.II.III. Paternalismo: ¿Un enfoque imprescindible?

A lo largo de la historia de la ética médica, los principios de no maleficencia y beneficencia han sido invocados como base para justificar acciones paternalistas, pero qué implica que una acción sea de este tipo. El concepto de paternalismo, cuyo origen data de la década de 1880, hace referencia, según el Oxford English Dictionary (OED), al: "principle and practice of paternal administration; government as by a father; the claim or attempt to supply the needs or to regulate the life of a nation or community in the same way a father does those of his children" [principio y práctica de la administración paternal; gobierno como por un padre; la pretensión o intento de satisfacer las necesidades o regular la vida de una nación o comunidad de la misma manera que un padre lo hace con las de sus hijos] (como se citó en Beauchamp & Childress, 2013, p. 216). Se describe un gobierno que, similar al rol de un padre sobre sus hijos, busca proteger a la población limitando su autonomía individual basándose en una relación de dependencia y control⁵¹.

Beauchamp y Childress definen el paternalismo como la anulación intencional de las preferencias o acciones de una persona por parte de otra. En este escenario, la persona que anula justifica esta acción apelando al objetivo de beneficiar o prevenir o mitigar el daño a la persona cuyas preferencias o acciones se han anulado (2013, p. 216). Esta definición, si bien es neutral a nivel normativo, permite identificar el elemento central del paternalismo: la intervención en la vida de una persona con la intención de *beneficiarla*, incluso si esta intervención entra en conflicto con sus propias preferencias o acciones.

⁵¹ Es importante destacar que el análisis del paternalismo es extenso, ya que alrededor de este concepto confluyen diversas concepciones e interpretaciones. Entre ellas se encuentra el antipaternalismo de John Stuart Mill, así como la postura de Robert Nozick, uno de los críticos más vehementes del paternalismo, quien llega a rechazar su validez en ciertos casos. Así también, las propuestas de John Rawls y Ronald Dworkin, quienes desarrollaron justificaciones del paternalismo (Cornejo, 2016, p. 299). No obstante, para los fines de la presente tesis, me centraré únicamente en abordar el paternalismo desde su clasificación de las intervenciones paternalistas, distinguiendo entre paternalismo blando y paternalismo duro.

Dentro de este marco conceptual, es crucial distinguir entre dos tipos de paternalismo: el paternalismo blando y el paternalismo duro. El paternalismo blando, según Macario Alemany, es aquel que considera como requisito de justificación demostrar que las personas beneficiarias poseen limitaciones (internas) para tomar decisiones sobre su propio bien, es decir, que son incompetentes en relación a la conducta a ser intervenida. En contraste, el paternalismo duro sostiene que la justificación de las medidas paternalistas no requiere la evaluación de la incompetencia del sujeto beneficiario, o incluso presupone que la gran mayoría de estas personas son incompetentes (Alemany, 2005, p. 286).

Beauchamp y Childress profundizan en esta distinción al señalar que, en el paternalismo blando, la intervención se justifica por la necesidad de prevenir conductas sustancialmente no voluntarias, un agente interviene por motivos de *beneficencia o no maleficencia*. Este es el caso del consentimiento o rechazo mal informado, la depresión severa que impide la deliberación racional, o la adicción que limita la elección y acción libre (2013, p. 217). Por lo tanto, el caso del paternalismo blando no implica un conflicto profundo entre los principios de respeto a la autonomía y beneficencia.

Inversamente, el paternalismo duro implica intervenciones destinadas a prevenir o mitigar el daño a una persona, o a beneficiarla, a pesar de que sus decisiones y acciones riesgosas son informadas, voluntarias y autónomas (Beauchamp & Childress, 2013, p. 217). En este caso, el paternalista duro restringirá la información disponible o anulará las elecciones informadas y voluntarias de la persona, lo que supone un conflicto más profundo con el principio de respeto a la autonomía.

Hasta este momento, se identifica que el paternalismo implica una intervención que anula intencionalmente las preferencias o acciones de una persona; sin embargo, esto no significa que todas las intervenciones paternalistas carezcan de justificación. Esto debido a que la legitimidad de las acciones paternalistas depende de un equilibrio entre los intereses de beneficencia y los intereses de autonomía. A medida que los beneficios para la persona aumentan y sus intereses de autonomía disminuyen, la justificación de la acción paternalista se vuelve más plausible. Por el contrario, cuando los beneficios son menores y la autonomía es fuertemente vulnerada, la justificación se debilita considerablemente (Beauchamp & Childress,

2013, p. 217). De esta manera, las acciones paternalistas deben enfocarse en favorecer a la persona sin que implique restringir su autonomía sustancialmente.

Ahora bien, para evaluar cualquier caso que se presente en el sistema jurídico peruano, es necesario reconocer que el paternalismo es totalmente compatible con una democracia constitucional. Esto se debe a que, al intervenir en beneficio del individuo, puede facilitar que este desarrolle su autonomía y persiga un proyecto de vida que considere valioso. Además, los principios fundamentales de una democracia constitucional, como los espacios deliberativos, permiten determinar la corrección de estas intervenciones paternalistas, las cuales están garantizadas a través del proceso democrático (Cornejo, 2016, p. 300). De este modo, es posible identificar problemas sociales que justifiquen la implementación de otras formas de intervenciones paternalistas.

En conclusión, el paternalismo representa un concepto complejo que abarca tanto elementos de beneficencia y de no maleficencia, como de respeto a la autonomía individual. La distinción entre paternalismo blando y paternalismo duro es clave, ya que obliga a evaluar la competencia y la voluntariedad de las decisiones antes de justificar cualquier intervención. Frente a ello, es importante considerar que toda medida paternalista con legitimidad constitucional, al menos prima facie, debe ser necesariamente blanda, consideración fundamental para legisladores, operadores jurídicos, académicos, estudiantes de derecho y cualquier persona interesada en su adecuada aplicación. Una justificación adecuada del paternalismo exige ponderar cuidadosamente entre la protección y la autonomía, garantizando así su coherencia con los principios democráticos.

II.II.III. Justicia, vulnerabilidad e interseccionalidad

La justicia en el ámbito bioético trasciende la mera distribución equitativa de recursos para adentrarse en un análisis más profundo de las vulnerabilidades y desigualdades estructurales que afectan a las personas. Este apartado evalúa el principio de justicia desde una perspectiva contemporánea, incorporando el enfoque de la interseccionalidad como herramienta fundamental para comprender las múltiples capas de vulnerabilidad que pueden afectar a los individuos.

La integración de todos estos conceptos permite visibilizar cómo diferentes factores sociales, económicos, culturales y de género se entrelazan, creando situaciones únicas de vulnerabilidad que requieren una respuesta bioética más comprensiva. Este análisis resulta crucial para desarrollar marcos que respondan eficazmente a la complejidad de los desafíos contemporáneos, como la maternidad subrogada, ofreciendo herramientas útiles para operadores de justicia, legisladores y cualquier persona interesada en comprender y abordar de manera integral esta materia.

II.II.III.I. Principio de justicia

El principio de justicia aborda la distribución equitativa de beneficios, riesgos y recursos. Este principio ha sido objeto de diversas interpretaciones y teorías, reflejando la complejidad de su aplicación en la práctica. Atienza define este principio como la obligación de tratar a todas las personas de manera equitativa y sin discriminación, a menos que exista una diferencia relevante que justifique un trato diferenciado (1998, p. 76).

Este concepto se extiende al acceso equitativo a la atención médica y a la distribución justa de los beneficios y responsabilidades en la investigación biomédica. De Lora y Gascón amplían esta noción, enfatizando que la justicia en el contexto bioético no implica necesariamente tratar a todos por igual, sino distribuir los recursos y servicios de manera imparcial, priorizando las necesidades más urgentes (2008, p. 47). Este enfoque busca compensar las desigualdades existentes, asignando más recursos donde la necesidad es mayor.

Por su parte, Beauchamp y Childress profundizan en el concepto de justicia distributiva, que se refiere a la distribución justa, equitativa y apropiada de beneficios y cargas en la sociedad. Examinan diversas teorías de justicia, incluyendo enfoques utilitaristas, libertarios, igualitarios, comunitaristas, y teorías más recientes como las de capacidades y bienestar⁵² (2013, p. 251). Esta diversidad de perspectivas refleja la complejidad del concepto de justicia y su aplicación en la práctica.

⁵² Los autores plantean una perspectiva que reconoce derechos globales a la salud y un mínimo exigible de atención médica, articulando estándares utilitaristas e igualitarios para equilibrar beneficencia y justicia (Beauchamp & Childress, 2013, p. 293).

En el ámbito del pensamiento ético-político contemporáneo, las teorías de la justicia han desempeñado un papel fundamental en la comprensión y el diseño de sistemas sociales equitativos. Graciela Vidiella identifica tres modelos prominentes que han influido significativamente en este campo: la *teoría del justo título* de Robert Nozick, la *justicia como equidad* de John Rawls, y la *teoría de la igualdad compleja* formulada por Michel Walzer⁵³ (2008, p. 395). Cada uno de estos enfoques ofrece una perspectiva única sobre cómo debe estructurarse una sociedad justa y cómo deben distribuirse los recursos y derechos dentro de ella.

La teoría del justo título de Robert Nozick, inspirada en el pensamiento lockeano, se centra en la justificación del estado mínimo como garante de los derechos de no interferencia. Nozick considera que los derechos actúan como fronteras que protegen las individualidades, con la propiedad como derecho fundamental. Su teoría se basa en tres principios: la adquisición original de pertenencias, la transferencia, y la rectificación de injusticias (Vidiella, 2008, p. 396). Este enfoque prioriza la libertad individual y la protección de la propiedad privada como elementos esenciales de una sociedad justa.

Por su parte, John Rawls, aunque también valora la libertad como un principio irreductible, introduce la igualdad como un componente crucial de la justicia. Su teoría, conocida como "justicia como equidad", busca establecer principios que regulen equitativamente la estructura básica de una sociedad democrática. Rawls argumenta que una sociedad justa es aquella que está "bien ordenada", en otras palabras, cuando está regida por principios que determinan de manera equitativa los términos de la cooperación social (Vidiella, 2008, p. 399). Esta perspectiva reconoce las desigualdades existentes en las democracias occidentales y busca abordarlas a través de principios de justicia que equilibren libertad e igualdad.

Michel Walzer, en contraste, propone la "teoría de la igualdad compleja" como una crítica y alternativa al enfoque rawlsiano. Walzer argumenta que los principios de justicia no pueden determinarse haciendo abstracción de la historia, las tradiciones y las características particulares de las sociedades. Su teoría sostiene que son los

⁵³ Es importante destacar que, si bien el análisis de estas teorías es amplio debido a la variedad de concepciones que las rodean, para efectos de la presente tesis se presentan de forma general, con el objetivo de mostrar cómo pueden influir en la implementación de políticas públicas.

bienes y los significados que las comunidades les atribuyen los que deben determinar los criterios de distribución (Vidiella, 2008, pp. 402-403). Este enfoque comunitarista enfatiza la importancia del contexto cultural y social en la determinación de lo que se considera justo.

Estas teorías han tenido un impacto significativo en diversos campos, incluyendo el ámbito de la salud. Sin embargo, como señalan Beauchamp y Childress, ninguna teoría única de justicia es suficiente para abordar todos los aspectos de la política de salud. Los autores reconocen que, en ausencia de un consenso social sobre estas teorías, las políticas públicas pueden incorporar elementos de diferentes enfoques según las situaciones específicas (2013, p. 293). Es importante destacar que, aunque existe diversidad teórica en el campo de la justicia, esto no justifica un enfoque fragmentado en los sistemas de atención médica o en otros ámbitos de la política pública. Por el contrario, la riqueza de estas perspectivas teóricas puede proporcionar un marco más completo para abordar los complejos desafíos de la justicia distributiva en sociedades modernas y diversas⁵⁴.

Por tanto, las teorías de la justicia de Nozick, Rawls y Walzer ofrecen perspectivas valiosas y complementarias sobre cómo estructurar sociedades justas y distribuir recursos de manera equitativa. Aunque ninguna de estas teorías proporciona una solución completa a todos los desafíos de la justicia distributiva, su consideración conjunta enriquece el diseño de políticas públicas y sistemas sociales más equitativos, adaptados a las realidades diversas de las sociedades contemporáneas.

Así también, las teorías de justicia presentadas ofrecen marcos conceptuales útiles para analizar la maternidad subrogada desde distintas perspectivas normativas. La noción de derechos individuales y no interferencia de Nozick puede servir para defender la autonomía de las partes involucradas; la propuesta de justicia como equidad de Rawls permite evaluar si estos acuerdos reproducen o corrigen desigualdades socioeconómicas; y el enfoque contextual de Walzer ayuda a considerar los significados sociales y culturales que distintas comunidades asignan a

⁵⁴ En el contexto de la salud, por ejemplo, la teoría de Nozick podría influir en políticas que enfatizan la libertad de elección en los servicios de salud y la protección de la propiedad intelectual en la investigación médica. El enfoque de Rawls podría respaldar sistemas de salud universales que busquen reducir las desigualdades en el acceso a la atención médica. La perspectiva de Walzer podría informar políticas de salud que tengan en cuenta las particularidades culturales y las necesidades específicas de diferentes comunidades.

la maternidad y la filiación. Estas teorías, aunque no brindan respuestas definitivas, constituyen herramientas valiosas para legisladores, jueces, académicos, estudiantes y personas interesadas en el tema, al momento de reflexionar sobre cómo equilibrar derechos, justicia distributiva y consideraciones culturales en contextos bioéticos complejos.

En conclusión, el principio de justicia aboga por una distribución equitativa de recursos y beneficios, reconociendo las diferencias preexistentes. Su aplicación requiere un equilibrio cuidadoso entre diversos enfoques teóricos y consideraciones prácticas. El logro de una justicia global sigue siendo un objetivo distante para muchas sociedades, pero el reconocimiento de este principio proporciona una base fundamental para el desarrollo de políticas más equitativas y sistemas más justos.

II.II.III.II. Interseccionalidad: un enfoque para comprender una situación de vulnerabilidad

La interseccionalidad es un concepto fundamental para entender las múltiples dimensiones de la discriminación y la desigualdad social⁵⁵. Este término, acuñado por la jurista estadounidense Kimberlé Crenshaw en 1989, surgió como una respuesta a la necesidad de analizar las experiencias únicas de las mujeres afroamericanas, quienes enfrentan discriminación tanto por su género como por su étnia (Crenshaw, 1989). La jurista argumenta que los discursos tradicionales sobre derechos humanos han fallado en capturar la complejidad de las experiencias de discriminación, al abordar de manera aislada los aspectos raciales y de género. La interseccionalidad, propone un marco analítico que permite identificar y comprender cómo interactúan diferentes formas de opresión y discriminación.

Puntualmente, Crenshaw sostiene que las mujeres negras pueden enfrentar discriminación de maneras que pueden ser tanto comparables como distintas a las vividas por mujeres blancas y hombres negros (citado en Barrére y Morondo, 2011,

⁵⁵ Es menester señalar que, aunque el análisis interseccional resulta fundamental para evaluar adecuadamente los casos de discriminación, en la presente tesis me limito a presentar el concepto de interseccionalidad. Reconozco su relevancia para abordar las situaciones de discriminación que puedan surgir en diversas prácticas, pero este análisis se centrará exclusivamente en explicar qué implica la interseccionalidad. Este marco teórico permite entender la complejidad de las identidades y su impacto en el trato recibido por las personas, especialmente en el caso de las mujeres. Por ello, considero esencial integrar esta perspectiva para realizar una evaluación precisa del principio de justicia, el cual será clave en el análisis posterior de la maternidad subrogada.

p. 29). Por tanto, la interseccionalidad examina cómo interactúan diversos ejes de subordinación, como el racismo, el patriarcado, la opresión de clase y otros sistemas discriminatorios que se entrelazan para crear desigualdades estructurales que afectan la posición de las personas en la sociedad. Además, analiza cómo ciertas políticas y acciones pueden generar cargas adicionales que exacerbaban estas desigualdades, contribuyendo a un proceso de desempoderamiento.

Para Crenshaw (2016) las personas socialmente marginadas en todo el mundo enfrentan diversos desafíos como consecuencia de esta interseccionalidad, incluyendo intersecciones de etnia, género, xenofobia, heterosexualidad, transfobia, capacidad y demás. Estas dinámicas se combinan para crear desafíos únicos, exponiendo circunstancias trágicas que a menudo pasan desapercibidas en enfoques más tradicionales. Por tanto, la jurista demuestra que la interseccionalidad constituye una herramienta conceptual clave, ya que analiza la interacción entre diversos ejes de subordinación. De esta manera, complementa el análisis de la autonomía relacional previamente desarrollado, al incorporar las consecuencias estructurales que conlleva.

La interseccionalidad ha ganado reconocimiento a nivel internacional. En el año 2000, las recomendaciones de Crenshaw fueron adoptadas en una reunión de expertas en Zagreb, Croacia, organizada por la División de Naciones Unidas para el Avance de las Mujeres (DAW), la Oficina del Alto Comisionado de Derechos Humanos y UNIFEM (Oré, 2014, p. 28). Desde entonces, este enfoque se ha convertido en una herramienta cada vez más relevante en el sistema de Naciones Unidas para la protección de los derechos humanos y en la formulación de políticas de igualdad a nivel internacional.

Por lo cual, factores como la edad, la nacionalidad, la discapacidad, la condición socioeconómica, la religión, el origen étnico, la orientación sexual, entre otros, pueden agravar o influir en la discriminación que enfrentan las personas. Esta perspectiva se ha reflejado en diversas conferencias y declaraciones internacionales, como la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing en 1995 y la Declaración de Durban⁵⁶,

⁵⁶ En esta conferencia, se reconoce que tanto el racismo, la xenofobia y otras formas de intolerancia conexas afectan de manera diferenciada a mujeres y a niñas, contribuyendo a la pobreza, violencia y múltiples formas de discriminación que limitan o niegan sus derechos humanos. Surbanurbane destaca la necesidad de integrar una perspectiva de género en las políticas y programas dirigidos a combatir

que tuvo lugar en el año 2002. Estas conferencias reconocen la situación especial de las mujeres y niñas, quienes enfrentan barreras significativas para un efectivo disfrute de sus derechos humanos a causa de estos factores.

Por su parte, tanto el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (2000), como el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (2004) han abordado la interseccionalidad en sus recomendaciones generales N° 25. En estos informes se han subrayado la necesidad de considerar cómo la discriminación racial y de género pueden afectar de manera distinta a diferentes grupos de mujeres. En consecuencia, establecen que los Estados parte tienen la responsabilidad de adoptar medidas especiales para combatir la discriminación múltiple en desmedro de los diferentes grupos de mujeres.

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006) también ha incorporado explícitamente este enfoque en su preámbulo⁵⁷ y artículo 6⁵⁸, reconociendo las múltiples formas de discriminación que pueden experimentar las mujeres y niñas con discapacidad. Este tratado exige que los Estados partes adopten medidas para asegurar que estas personas puedan disfrutar plenamente de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

La Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer ha enfatizado la importancia de un análisis interseccional para comprender y abordar la violencia de género. Este enfoque considera factores como la ubicación geográfica, el nivel educativo, la

estas formas de intolerancia (Declaración y Programa de Acción de Durban, 2002, fundamento 69). De esta manera, se subraya la importancia de adoptar un enfoque inclusivo y sensible al género, para garantizar una protección efectiva de los derechos humanos de los grupos más vulnerables.

⁵⁷ En el preámbulo se señala lo siguiente: “[...] p) Preocupados por la difícil situación en que se encuentran las personas con discapacidad que son víctimas de múltiples o agravadas formas de discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional, étnico, indígena o social, patrimonio, nacimiento, edad o cualquier otra condición, q) Reconociendo que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación, [...] s) Subrayando la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad.[...]”

⁵⁸ “Artículo 6.- Mujeres con discapacidad. - 1. Los Estados Partes reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención”.

situación laboral, el tamaño de la familia, el estado civil, la participación política y cívica, la raza, la capacidad física e intelectual, la edad, el idioma, la identidad étnica y la orientación sexual (A/HRC/17/26, 2011, fundamento 22). De manera que, debe abordarse de forma holística tanto la eliminación de la violencia entre los géneros, pero también la violencia presente dentro del propio género.

Aunado a ello, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH) remarca que existen particulares efectos en las formas interseccionales de discriminación que se presentan en la vida de las mujeres y niñas. En particular, se identifican deficiencias significativas cuando se trata de violencia, la exclusión socioeconómica y la pobreza, la salud, la educación, la participación, la igualdad ante la ley y su acceso a la justicia (A/HRC/35/10, 2017, fundamento 64). Se reconoce que la condición de mujer implica una situación inicial de vulnerabilidad a la que se suman diversas identidades que incrementa dicha vulnerabilidad.

La interseccionalidad proporciona un marco valioso para comprender y abordar las complejas realidades de la discriminación⁵⁹. Sin embargo, también se encuentra relacionado con el concepto de igualdad, que implica una distribución equitativa de recursos en la sociedad. Al reconocer la interconexión de diferentes formas de opresión e identificar la concurrencia de diversas identidades, este enfoque permite un análisis más profundo de las experiencias de grupos marginados. En este sentido, es importante considerar cómo el acceso a servicios básicos es crucial en la promoción de la igualdad y la participación plena de todos los ciudadanos.

Debra Satz argumenta que para garantizar que los ciudadanos puedan interactuar en condiciones de igualdad, es necesario asegurar el acceso a ciertos bienes como la educación, la atención de la salud, las oportunidades, los derechos, las libertades y la seguridad física (2015, p. 140). Este planteamiento sugiere que el acceso a estos recursos no debería depender exclusivamente de las preferencias individuales o del

⁵⁹ A pesar de ello, es importante reconocer que la interseccionalidad también ha sido objeto de críticas. Timo Makkonen ha señalado posibles desventajas, como la creación de "nuevas categorías de presuntas víctimas", lo que podría invisibilizar otras formas de discriminación no interseccionales. Además de la crítica de la falta de una definición oficial del término "interseccionalidad" en la RAE (Oré, 2014, p. 30). Sin embargo, como se ha desarrollado, es innegable que este enfoque está ganando cada vez más relevancia y su aplicación se está volviendo indispensable en la protección de derechos.

poder adquisitivo, sino que debería ser garantizado como un derecho fundamental para todos los miembros de la sociedad⁶⁰.

Este enfoque se alinea con la teoría de Marshall sobre la inclusión plena en la sociedad, que sostiene que ciertos bienes funcionan como prerequisites para que una persona sea considerada un miembro en igualdad de condiciones. La falta de acceso a estos recursos básicos no solo limita la capacidad de un individuo para dirigir su vida, sino que crea barreras significativas para su participación en la economía y en los debates públicos sobre las decisiones sociales (como se citó en Satz, 2015, p. 141). En esta línea, la interseccionalidad ayuda a comprender cómo a aquellos que enfrentan múltiples formas de discriminación, la falta de acceso a estos bienes esenciales los puede afectar de manera desproporcionada⁶¹.

Finalmente, la interseccionalidad en conjunción con el principio de justicia, ofrecen un marco integral para analizar cómo distintas formas de desigualdad se entrelazan y generan condiciones particulares de vulnerabilidad. Este enfoque permite identificar barreras estructurales que afectan la participación plena y equitativa de las personas en la vida social, económica y política. En el ámbito de la maternidad subrogada, proporciona herramientas analíticas útiles para legisladores, jueces, académicos y demás actores interesados, al evidenciar cómo factores identitarios pueden incidir en relaciones desiguales de poder⁶². Así, esta perspectiva enriquece el análisis normativo, judicial y ético al incorporar una visión más amplia de justicia social y derechos humanos.

II.II.IV. ¿Otros principios de la bioética?

En el ámbito de la bioética, como se ha mencionado anteriormente, además de los cuatro principios fundamentales ya expuestos (autonomía, no maleficencia,

⁶⁰ Si bien es cierto que los mercados pueden desempeñar un papel en la provisión de estos bienes, Satz afirma que su acceso no debería depender únicamente de mecanismos de mercado. Esto no implica necesariamente la eliminación completa de opciones privadas, como con la educación, donde un sistema público robusto puede coexistir con opciones privadas complementarias (2015, p. 140). En definitiva, se debe garantizar que la provisión de bienes esenciales no dependa exclusivamente de la capacidad económica, sino que sea accesible a toda la población como un derecho fundamental.

⁶¹ Un ejemplo claro de esta situación radica en el caso de una mujer afroamericana con discapacidad, que puede enfrentar barreras adicionales para acceder a la educación o la atención médica debido a la intersección de su género, etnia y condición de discapacidad.

⁶² Por ejemplo, en el contexto de la maternidad subrogada transnacional, la interseccionalidad permite analizar cómo la nacionalidad, la clase social y el género pueden combinarse para crear situaciones de vulnerabilidad específicas para las gestantes de países en desarrollo.

beneficencia y justicia), diversos autores han planteado principios adicionales. Esto con el propósito de abordar de manera más completa los retos éticos que enfrentan las sociedades contemporáneas. A pesar de ello, existe un consenso generalizado en que los referidos cuatro principios son esenciales y constituyen el núcleo de cualquier análisis ético. En el presente apartado se introducirán principios adicionales que resultan pertinentes para el estudio de la maternidad subrogada, tales como el principio de dignidad, el de no instrumentalización y el de información.

Manuel Atienza sugiere que los cuatro principios tradicionales de la bioética responden a cuatro problemas éticos fundamentales: quién debe decidir, qué daño y beneficio se puede causar, cómo tratar a un individuo en relación con los demás, y qué información se debe proporcionar y a quién. Atienza establece que se vinculan a cuatro principios éticos clásicos: dignidad, autonomía, universalidad (o igualdad) e información, enfocados en la protección de la vida y la salud (2010, pp. 66-67). Estos principios, son igualmente importantes pues se incorporan a discusiones bioéticas más amplias, especialmente cuando se trata de derechos humanos.

Asimismo, De Lora y Gascón amplían la perspectiva, reformulando el cuadro de estos principios bioéticos, argumentan que existen conexiones intrínsecas que pueden dar lugar a dos nuevos principios: el principio de información y el principio de no instrumentalización. Por un lado, el principio de información enfatiza el deber de informar cabalmente al individuo sobre todos los aspectos que lo afecten o puedan afectar. Por otro lado, el principio de no instrumentalización prohíbe tratar a las personas como meros medios, insistiendo en que cualquier acción sobre una persona debe suponer un beneficio para ella (2008, pp. 42-43). Así, los autores concluyen que los principios de la bioética son seis: autonomía, beneficencia, no maleficencia, justicia, información y no instrumentalización.

En mi opinión, la adición de estos dos últimos principios a los cuatro tradicionales de la bioética fortalece notablemente el marco ético para el análisis de situaciones complejas, como la maternidad subrogada en el Perú. Adicionalmente, considero indispensable incluir el principio de la dignidad, que resulta esencial para el debate sobre la posible instrumentalización de la mujer gestante.

II.II.IV.I. Principio de dignidad

En principio, resulta pertinente comenzar con la dignidad humana, originario de la ética clásica, que es un derecho fundamental reconocido en el artículo 1 de la Constitución⁶³, lo que lo convierte en un elemento esencial para el análisis de casos dilemáticos. Para comprender las implicaciones de este principio, es necesario examinar las perspectivas de teóricos destacados como Martha Nussbaum y Manuel Atienza, quienes han desarrollado a profundidad este principio.

Nussbaum propone un enfoque basado en las capacidades humanas como fundamento filosófico para una teoría de los derechos básicos. Según la autora, este enfoque refleja mejor la idea de un mínimo social básico, centrándose en lo que las personas son efectivamente capaces de hacer y ser, de acuerdo con una concepción intuitiva de una vida acorde con la dignidad humana (Nussbaum, 2007, p. 83). Ello subraya la importancia de tratar a cada persona como un fin en sí mismo y no como un medio para los fines de otros, en consonancia con el imperativo categórico de Immanuel Kant. Esto es particularmente relevante en la subrogación: ¿se respeta íntegramente la dignidad de la mujer gestante cuando su capacidad reproductiva se utiliza para satisfacer los deseos de otros, los padres intencionales?

Por su parte, Atienza también argumenta que el principio de dignidad nos obliga a considerar si una práctica trata a las personas como fines en sí mismas o meramente como medios. Sin embargo, para el autor este principio no prohíbe tratar a un ser humano como un medio, sino hacerlo exclusivamente de esa manera. Esto implica que la gestación subrogada no es intrínsecamente indigna si la mujer gestante es tratada simultáneamente como un fin en sí misma (Atienza, 2022, p. 120). Ello plantea la cuestión de cómo garantizar que la gestante sea realmente valorada como un fin y no instrumentalizada.

Ante esta cuestión, resulta relevante considerar la propuesta de Nussbaum, quien desarrolla una lista de diez capacidades⁶⁴ que considera requisitos básicos para una

⁶³ "Artículo 1: La defensa de la persona humana y el *respeto de su dignidad* son el fin supremo de la sociedad y del Estado". (Énfasis añadido).

⁶⁴ En *Las mujeres y el desarrollo humano* (2002), Martha Nussbaum presenta una lista de diez capacidades fundamentales que considera esenciales para que las personas vivan una vida digna y plenamente humana. Estas capacidades incluyen la vida, la salud física, la integridad física, los sentidos, la imaginación y el pensamiento, las emociones, la razón práctica, la afiliación, la relación

vida digna, que constituyen una teoría mínima de justicia social. Una sociedad que no asegura estas capacidades para todos sus ciudadanos no alcanza a ser plenamente justa, pues estas representan los derechos sociales mínimos⁶⁵ (Nussbaum, 2007, p. 87). En el contexto de la gestación subrogada, se cuestiona si esta práctica permite a las mujeres desarrollar plenamente sus capacidades fundamentales, tales como ejercer la razón práctica, controlar su entorno, preservar su salud, vivir emociones, entre otras capacidades esenciales para una vida digna.

Frente a esta situación, cabe analizar el ejercicio de la autonomía de la mujer gestante y su conexión con la dignidad. Atienza destaca que el principio de dignidad no es equivalente al principio de autonomía en su sentido liberal clásico⁶⁶, pues la dignidad no se reduce simplemente a respetar los deseos y preferencias individuales. Una persona puede tratarse a sí misma de manera indigna, por ello, incluso con el consentimiento, se debe examinar cuidadosamente las condiciones del acuerdo, para asegurar que no se vulnere la dignidad (Atienza, 2022, p. 120). Entonces, aunque una mujer acepte voluntariamente la subrogación, esta decisión podría ser una forma de autodegradación, por lo que, Atienza advierte que el consentimiento no garantiza automáticamente el respeto de su dignidad.

Así las cosas, las exigencias de la dignidad humana no pueden ser completamente satisfechas por el derecho, ya que este no puede abarcar todas las dimensiones del perfeccionamiento moral (Atienza, 2022, p. 120). Aunque se puedan establecer

con otras especies, el juego, y el control sobre el propio entorno (Nussbaum, 2007, pp. 88-89). Esta lista forma la base de su enfoque de capacidades, el cual ha mantenido consistentemente a lo largo de sus trabajos, incluyendo *Creating Capabilities* (2011). En esta última obra, Nussbaum enfatiza más la universalidad de estas capacidades como un criterio para evaluar la justicia social y guiar políticas públicas que promuevan el bienestar humano a nivel global. Aunque la lista en sí no ha sufrido cambios significativos, la autora subraya la importancia de adaptarla a contextos culturales específicos.

⁶⁵ La idea básica del enfoque de capacidades de Nussbaum es partir de una concepción de la dignidad del ser humano y de una vida acorde con esa dignidad, que incluye un "funcionamiento auténticamente humano", en el sentido descrito por Marx en sus manuscritos de economía y filosofía de 1844. Marx considera que el ser humano se halla "necesitado de una totalidad de actividades vitales humanas", y el enfoque de Nussbaum parte de esta idea, insistiendo en que las capacidades a las que tienen derecho todos los ciudadanos son múltiples y son oportunidades para actuar, no solo cantidades de recursos (Nussbaum, 2007, p. 86). Para la autora, su enfoque es una especificación del enfoque de los derechos humanos, ya que una vida desprovista de estas capacidades no sería acorde con la dignidad.

⁶⁶ La Corte Constitucional de Colombia ha sintetizado el concepto de dignidad humana bajo la expresión "vivir como se quiera". En los últimos años, este tribunal, reconocido y respetado en toda Latinoamérica, ha hecho un extenso uso del principio de dignidad humana, diferenciándolo en tres dimensiones: "vivir bien", que sustenta la protección de los derechos sociales; "vivir sin humillación", fundamento para prohibir la tortura y los tratos degradantes; y "vivir como se quiera", que se refiere al respeto por la autonomía individual de cada persona (Atienza, 2022, p.120).

protecciones legales para las gestantes subrogadas, estas pueden no ser suficientes para abordar todas las dimensiones morales y éticas de la práctica.

En su dimensión normativa, la dignidad humana abarca tanto el derecho como la obligación de cada individuo de desarrollarse plenamente y contribuir al desarrollo libre e igualitario de los demás, constituyendo un principio esencial en un Estado Constitucional de Derecho. Aunque el derecho no puede separarse completamente de la moral, tampoco se identifica plenamente con ella, su función es facilitar la vida moral y cumplir solo parcialmente con las exigencias de la dignidad (Atienza, 2022, pp. 120-121). Por tanto, surgen relaciones emocionales y psicológicas complejas en una subrogación que plantean dudas sobre el derecho, como el vínculo emocional de la gestante con el feto y su obligación de desvincularse tras el nacimiento.

Estos aspectos son cruciales para la dignidad de la mujer gestante y, al mismo tiempo, exceden lo regulable por el derecho o lo que el derecho puede regular con efectividad. Por estas razones, Atienza sostiene que, el principio de dignidad no justifica rechazar completamente la maternidad subrogada, pero sí debe regularse cuidadosamente, señalando límites claros, sobre todo, para evitar situaciones como la explotación de la mujer gestante (Atienza, 2022, p. 121).

En conclusión, la dignidad humana se entiende como un principio transversal que engloba múltiples dimensiones valiosas que nos definen como seres genuinamente humanos. Estas dimensiones incluyen, pero no se limitan a, la autonomía, la salud, la capacidad de vincularnos con otros y nuestra espiritualidad. La dignidad es como una "red" que recibe todos los componentes, todas las dimensiones valiosas que nos hacen genuinamente humanos. Es un principio que nos dice que todas estas dimensiones deberían ser protegidas y promovidas. La gran discusión en el campo constitucional es determinar cuáles de esas dimensiones deben protegerse y ser promovidas.

En resumidas cuentas, los aportes de Nussbaum y Atienza permiten abordar la maternidad subrogada desde una perspectiva ética más profunda. Nussbaum propone evaluar si esta práctica contribuye al desarrollo de las capacidades fundamentales de las mujeres, mientras que Atienza advierte que el consentimiento, por sí solo, no basta para garantizar el respeto a la dignidad, siendo necesario

examinar las condiciones concretas del acuerdo. Ambos enfoques coinciden en que las decisiones sobre subrogación deben considerar no solo aspectos legales y económicos, sino también dimensiones morales, emocionales y éticas. En esa línea, el principio de dignidad se presenta como un criterio fundamental para legisladores, operadores jurídicos, académicos y demás actores involucrados, al ofrecer herramientas para identificar prácticas que respeten a las personas como fines en sí mismas y prevenir posibles formas de explotación.

II.II.IV.II. Principio de no instrumentalización

Este principio se origina del concepto de dignidad, pues, como se ha expuesto anteriormente, está íntimamente relacionado con la obligación de tratar a las personas como fines en sí mismas y no como meros medios, lo que prohíbe acciones que no reporten beneficio a la persona afectada (De Lora y Gascón, 2008, p. 46). Es particularmente relevante al evaluar cada caso de maternidad subrogada, ya que aborda la preocupación de que las mujeres puedan ser tratadas como medios para alcanzar un fin⁶⁷.

Si bien los principios de beneficencia y no maleficencia buscan maximizar el bienestar y minimizar el daño, el principio de no instrumentalización pone un límite claro al uso de los seres humanos, evitando que su valor intrínseco se subordine a objetivos externos. En el ámbito de la gestación subrogada, este principio prohíbe que las mujeres sean instrumentalizadas al ser reducidas a "vasijas" gestacionales. Sin embargo, como sugiere Atienza, la cuestión de si la maternidad subrogada vulnera la dignidad y, por ende, este principio, no puede ser universal, sino que debe analizarse caso por caso.

Este principio es crucial para prevenir un trato injusto o explotador hacia las mujeres, garantizando el respeto a su dignidad y derechos en todo momento. En Perú, donde las vulnerabilidades socioeconómicas son evidentes, este principio es de relevancia para evitar la explotación por razones socioeconómicas, asegurando la protección de las gestantes frente a posibles abusos. Por ello, considero fundamental diferenciar

⁶⁷ Este principio se refleja en documentos internacionales como la Declaración de Helsinki (1964), que en su artículo 5 establecen: "en investigación médica en seres humanos, la preocupación por el bienestar de los seres humanos debe tener siempre primacía sobre los intereses de la ciencia y de la sociedad". Priorizando el bienestar de las personas sobre los intereses de la ciencia y la sociedad.

entre el principio de dignidad y el de no instrumentalización, ya que tratarlos por separado fortalece una adecuada evaluación ética.

Finalmente, este principio constituye una herramienta analítica clave para evaluar si los acuerdos de maternidad subrogada respetan a la gestante como un fin en sí misma. Este enfoque resulta útil no solo para jueces, sino también para legisladores, académicos y otros actores interesados, al permitir analizar si el acuerdo garantiza beneficios reales para la gestante y salvaguarda su autonomía y dignidad a lo largo del proceso. En contextos de vulnerabilidad, este principio adquiere especial relevancia para identificar posibles formas de explotación y prevenir que la mujer sea tratada como un mero instrumento reproductivo.

II.II.IV.III. Principio de información

Este principio, como desarrollan De Lora y Gascón, se encuentra implícito en el principio de autonomía; sin embargo, diferenciarlo de éste refuerza la importancia de proporcionar información completa y comprensible a todas las partes involucradas en la maternidad subrogada, especialmente la mujer gestante (2008, p. 43). La falta de un marco normativo claro sobre la maternidad subrogada puede generar desinformación y confusión. Por lo que, incorporar el principio de información garantiza que las gestantes subrogadas tengan acceso a todos los aspectos médicos, contractuales y legales antes de tomar una decisión.

En este sentido, se garantiza un consentimiento verdaderamente informado, ya que reforzaría la necesidad de asegurar que todas las partes comprendan íntegramente cada aspecto del proceso, lo cual es crucial en un país con diversidad cultural y lingüística como Perú. Entonces, aunque el principio de autonomía ya abarque la capacidad de tomar decisiones libres, el principio de información enfatiza que la autonomía solo puede ejercerse plenamente si las personas reciben una información clara, comprensible y completa sobre su situación y sus opciones.

Además, el principio de información está íntimamente relacionado con la justicia, pues garantiza que todas las personas tengan igualdad de oportunidades para tomar decisiones informadas. En consecuencia, incluir este principio subraya la obligación ética de proporcionar información suficiente y de calidad. En el caso peruano es particularmente relevante, pues pueden existir disparidades educativas que impidan

la comprensión plena de los riesgos, implicaciones legales y consecuencias emocionales del proceso.

En suma, el principio de información constituye una herramienta clave para evaluar la validez del consentimiento en los acuerdos de maternidad subrogada. Su aplicación permite analizar si las partes involucradas —en especial la gestante— accedieron a información clara, completa y comprensible sobre todos los aspectos del proceso. Este principio resulta útil en el ámbito judicial y para el diseño normativo, ya que pone énfasis en considerar las particularidades culturales, lingüísticas y educativas, así como en la necesidad de identificar posibles asimetrías informativas que puedan afectar la autonomía en la toma de decisiones.

Finalmente, todos estos principios, por sí mismos, no proporcionan soluciones concretas a las problemáticas bioéticas, sino que indican qué valores deben considerarse. Por tanto, para la implementación en la práctica, estos principios deben convertirse en reglas o normas específicas que orienten la acción en situaciones concretas (Atienza, 2010, p. 72; De Lora y Gascón, 2008, p. 47). Así, constituyen una base ética importante, por lo que una implementación correcta de estos es esencial, aspecto que será tratado con detenimiento en el tercer capítulo.

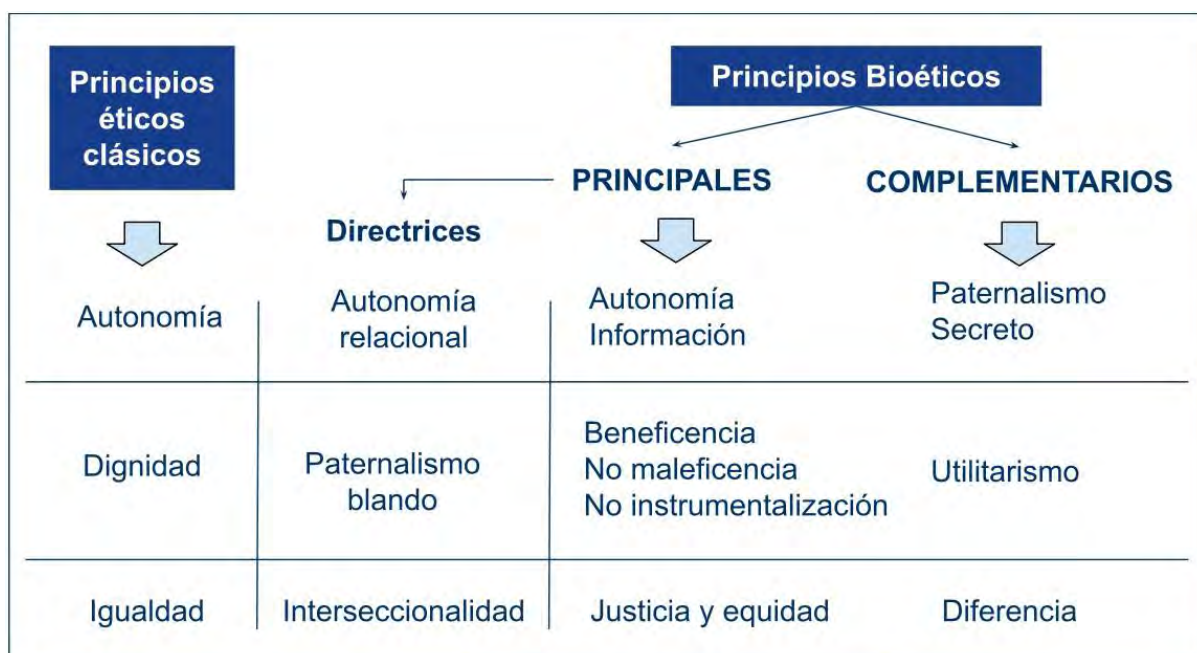
Ahora bien, los principios bioéticos no se aplican de manera absoluta, pueden existir circunstancias que justifiquen excepciones sin vulnerar los derechos. Por ejemplo, la autonomía se aplica solo si la persona tiene capacidad de decisión; de lo contrario, puede justificarse una intervención *paternalista*. El principio de información puede flexibilizarse si el sujeto no desea ser informado completamente, el *secreto* puede justificarse. La dignidad puede ajustarse si, con el consentimiento del afectado y sin degradarlo, se beneficia a otros, siguiendo un enfoque *utilitarista*. La justicia permite un trato *diferenciado* cuando las circunstancias lo justifican (Atienza, 2010, pp. 70-71; De Lora & Gascón, 2008, pp. 48-49⁶⁸).

⁶⁸ Se identifica que De Lora y Gascón entienden que tanto el paternalismo, el secreto, el utilitarismo, como la diferencia, pueden estar justificados cuando no se cumplen las condiciones para aplicar los principios de autonomía, información, dignidad e igualdad. Denominan a estos principios como complementarios de la bioética (De Lora & Gascón, 2008, p. 48-49). Esta posición es acorde a los planteamientos de Manuel Atienza, quien clasifica estos principios como secundarios, destacando su importancia en circunstancias donde los principios primarios resultan insuficientes o inaplicables (Atienza, 2010, p. 73). En este sentido, ambos enfoques subrayan la necesidad de un marco bioético dinámico y adaptable, capaz de responder a la diversidad de dilemas éticos que se presenten.

Es importante señalar que tanto estos principios como sus directrices son fundamentales para el análisis de situaciones complejas como la maternidad subrogada. Por ello, se realiza una evaluación que va más allá de sus definiciones tradicionales, integrando conceptos y enfoques complementarios que enriquecen y profundizan nuestra comprensión de dichos principios. A continuación, se presenta un cuadro que sintetiza estos principios y sus directrices.

Figura 14

Principios y directrices en la bioética



Nota: Elaboración propia adaptada del cuadro de principios de Pablo de Lora y Marina Gascón (2008, p. 50).

El cuadro muestra cómo los principios éticos clásicos se relacionan y se expanden en la bioética, incorporando conceptos más específicos y complementarios para abordar las complejidades de las cuestiones bioéticas modernas. Así también, evidencia que es posible dividir los principios bioéticos en principales y complementarios, lo que sugiere una estructura flexible que permite abordar la complejidad de los dilemas éticos en la práctica. Se enfatiza la importancia de la ponderación en la resolución de conflictos entre principios y no una adherencia rígida a reglas absolutas⁶⁹. Este

⁶⁹ De Lora y Gascón señalan que los casos pueden variar de simples a complejos, dependiendo de la claridad con la que se puedan aplicar los principios. En conflicto entre principios, la ponderación emerge como el método de resolución, aunque esto puede conducir a soluciones casuísticas (2008, p.

enfoque reconoce la complejidad de las situaciones reales y mantiene un fundamento ético sólido basado en principios universales.

En conclusión, los principios de la bioética constituyen un marco esencial para el análisis ético de la maternidad subrogada, brindando herramientas valiosas tanto para la labor judicial como para legisladores, académicos, estudiantes y cualquier persona interesada en su desarrollo informado. Si bien persisten debates sobre su jerarquización y aplicación, su relevancia como guía ética es incuestionable. Además, la incorporación de los principios de dignidad, no instrumentalización e información al marco bioético tradicional enriquece el análisis, al permitir una evaluación más integral de las relaciones que se generan en estos acuerdos, con especial atención a la situación de la mujer gestante. Esta perspectiva contribuye a la construcción de marcos normativos y decisiones jurídicas más justas, sensibles y respetuosas de los derechos de todas las partes involucradas.

III. Fundamentos y consecuencias de los mercados nocivos en la maternidad subrogada

Los mercados nocivos, que operan en la intersección de la economía y la ética, plantean desafíos importantes al momento de satisfacer el estatus de igualdad en la ciudadanía o la concepción de "ciudadanía igualitaria" propuesta por Marshall (1977). La ciudadanía igualitaria, garantiza la igualdad en tres dimensiones fundamentales: políticos y libertades básicas, derechos y libertades en la sociedad civil, y derechos a un nivel mínimo de bienestar económico.

Según Marshall, la ciudadanía no es un privilegio adquirido, sino aquel estatus inherente que otorga a todos los individuos un conjunto uniforme de derechos, independientemente de su riqueza u origen. Los mercados, en este contexto, tienen el potencial de fortalecer la ciudadanía en términos de igualdad. Sin embargo, su capacidad para hacerlo depende de las circunstancias preexistentes como los

52). Esto va en consonancia con lo señalado previamente, puesto que, considero que entre el derecho y la bioética existe una conexión del tipo metodológico, de ahí que fundamente una bioética jurídica. En este caso, la ponderación que se realiza con frecuencia en el ámbito jurídico puede extrapolarse a los conflictos de la bioética. En último término, es crucial reconocer que este modelo bioético principialista no garantiza una "única solución correcta" para todos los dilemas éticos que emerjan. Ello tampoco implica que cualquier decisión sea aceptable, las soluciones que se proporcionen deben estar correctamente argumentadas y justificadas, adhiriéndose a reglas de racionalidad. Entre estas se destaca el principio de universalizabilidad, que refleja la noción kantiana de actuar según criterios que puedan convertirse en leyes universales (De Lora y Gascón, 2008, p. 54).

derechos de propiedad y las regulaciones bajo las cuales operan (como se citó en Satz, 2015, p. 138). En consecuencia, la ciudadanía igualitaria puede verse comprometida por prácticas de mercado que exacerban las desigualdades existentes o crean nuevas formas de explotación.

Por lo cual, para efectos de la presente tesis se desarrollará la propuesta que plantea Debra Satz en su libro *“Why some things should not be for sale. The moral limits of markets”* de 2010. El análisis de los mercados nocivos propuesto por Satz (2015)⁷⁰ proporciona un marco valioso para evaluar cómo impactan ciertas prácticas de mercado, como la maternidad subrogada. Este enfoque nos permite examinar no solo los actos individuales, sino también las prácticas sociales en su conjunto, evaluando si estas promueven o socavan la ciudadanía igualitaria. Este análisis es crucial para el desarrollo de marcos integrales de derechos humanos y promuevan una sociedad más equitativa.

III.I. Efectos de los mercados nocivos

En el debate sobre la moralidad y la ética de los mercados, surge la cuestión de si ciertos bienes o servicios deberían estar sujetos a la lógica de la oferta y la demanda. Frente a ello, se ha suscitado la interrogante sobre si la existencia de "mercados nocivos" nos obliga a considerar los límites que deberían establecerse en torno a qué se puede comprar y vender. Debra Satz, que aborda adecuada y ampliamente esta discusión, explora las razones por las cuales algunos mercados, debido a su naturaleza y consecuencias, deben ser restringidos o prohibidos.

Satz propone parámetros que, integrando dimensiones económicas, políticas y morales, permiten distinguir entre mercados según su impacto en las relaciones interpersonales, trascendiendo la mera noción de costos puramente económicos. La autora argumenta que un intercambio de mercado basado en la desesperación, humillación o súplica, o que implique servidumbre o esclavitud, no constituye una transacción entre iguales. El núcleo de los mercados nocivos radica en las problemáticas relacionadas con la posición de las partes antes, durante y después del proceso de intercambio (Satz, 2015, p. 128). La principal preocupación respecto de

⁷⁰ Es importante señalar que, si bien el libro de Debra Satz, *Why some things should not be for sale. The moral limits of markets*, fue publicado originalmente en 2010, para los fines de esta tesis se ha empleado la primera edición de la versión traducida al español por Hugo Salas, publicada en 2015.

estos mercados es su potencial para socavar las condiciones necesarias para que las personas interactúen como iguales.

En su análisis, Satz establece un enfoque para evaluar la aceptabilidad de un mercado particular a través de cuatro aspectos clave. Por un lado, dos de estos parámetros están relacionados con la *fuerza del mercado*: primero, la debilidad o asimetría significativa en el conocimiento y en la capacidad de acción de las partes involucradas; segundo, la extrema vulnerabilidad subyacente de una o más partes. Por otro lado, los otros dos aspectos se refieren a las *consecuencias del mercado*: la posibilidad de resultados profundamente perjudiciales para las partes involucradas o para terceros, y el riesgo de impactos extremadamente negativos para la sociedad en su conjunto (Satz, 2015, pp. 129-134). A continuación, se aborda el contenido de cada una de estas categorías.

III.I.I. Fuentes de los mercados: los agentes del mercado

En lo que respecta a las fuentes, la autora se centra en analizar las condiciones que subyacen a los agentes del mercado. Por lo que, se debe analizar tanto el conocimiento y la capacidad de acción débiles o altamente asimétricos, como la extrema vulnerabilidad subyacente de una de las partes involucradas.

El primer parámetro destaca la importancia de la información y la capacidad de acción de los participantes que median en una transacción. Argumenta que cuando existe una asimetría significativa en el conocimiento o la capacidad de toma de decisiones, o cuando hay efectos indirectos sobre terceros no involucrados, pueden surgir problemas graves. En este sentido, no se niega que exista cierto grado de información imperfecta en todos los mercados, empero señala que en algunos casos dicho imperfecto puede producir consecuencias gravemente perjudiciales. Este aspecto es particularmente relevante en transacciones que implican un lapso temporal significativo entre el inicio y la conclusión del acuerdo (Satz, 2015, pp. 132-133). Por ello, tanto la falta de información completa como la débil capacidad de acción son factores relevantes al momento de evaluar la nocividad de un mercado.

En el segundo parámetro, Satz evidencia cómo ciertos mercados son un reflejo de las vulnerabilidades extremas inherentes a una de las partes involucradas en la transacción. Cuando los participantes ingresan al mercado con disparidades

significativas en cuanto a recursos disponibles o en su capacidad para comprender los términos de las transacciones, existe desigualdad. Por lo que, debe evitarse que un individuo acepte un contrato desde una posición de extrema vulnerabilidad, pues existe una alta probabilidad de que esté conforme con cualquier condición que se le proponga, independientemente de lo desfavorable que pueda ser (Satz, 2015, pp. 134-135). La parte más débil se encuentra en riesgo de explotación y debido a su modo de operación, algunos mercados intensifican las desigualdades preexistentes.

III.I.II. Consecuencias de los mercados: graves perjuicios

En cuanto a las consecuencias de los mercados, Satz clasifica las repercusiones que se producen de acuerdo a quién o quiénes son las personas afectadas. En este sentido, las situaciones críticas como cuando los mercados producen resultados extremadamente perjudiciales para los individuos y cuando generan efectos nocivos para la sociedad en su conjunto son referentes de un mercado nocivo.

La autora profundiza, en torno al primer parámetro, explicando que los mercados pueden producir resultados extremadamente perjudiciales cuando dejan a una persona en la miseria o cuando no satisfacen los intereses básicos necesarios para una vida digna. Al respecto, sigue lo planteado por Amartya Sen, concordando en que dentro de los intereses individuales podemos encontrar dos intereses interdependientes pero diferentes: los intereses de bienestar⁷¹ y los intereses de agencia⁷². La finalidad de ambas es determinar un grupo de intereses básicos que ayude a establecer un piso por debajo del cual nadie debe estar (Satz, 2015, p. 130). Así, se respeta y garantiza una vida digna con características universales.

El segundo parámetro referido a las consecuencias señala que pueden ser nocivos para la sociedad cuando socavan el marco social necesario para la interacción entre iguales, teniendo un impacto negativo en la sociedad. Esta dinámica subraya la importancia de considerar no solo los términos explícitos de las transacciones de mercado, sino también el contexto más amplio en el que estas ocurren. Estas precondiciones son indispensables para desempeñar un trato de iguales entre las partes, así se evita que se socave la gobernanza democrática (Satz, 2015, pp. 131-132).

⁷¹ Estos pueden entenderse como aquel bien general que reside intrínsecamente en cada persona.

⁷² Los intereses de agencia o agency interests, hacen referencia a la capacidad que tienen las personas de participar en la toma de decisiones de todo aquel asunto que atañe al referido bien.

Entonces, se deben considerar también las estructuras de poder subyacentes que pueden influir en las decisiones y resultados del mercado.

Desde la perspectiva de Satz, muchos mercados nocivos afectan negativamente las relaciones interpersonales al socavar la igualdad entre las partes, la cual no depende solo de ingresos o riqueza, sino también de derechos, libertades y recursos como la educación. Por ello, no siempre es fácil identificar relaciones entre verdaderos pares ni evitar abusos, pues la igualdad en ingresos y riqueza, por sí sola, no garantiza un estatus de igualdad⁷³ (Satz, 2015, p. 137). Esta situación hace que sea más complicado poder determinar cuándo sí nos encontramos frente a iguales, así como garantizar que no habrá excesos.

Ahora bien, la autora señala que un alto nivel de cualquiera de estos aspectos, o en su defecto la concurrencia de varios, puede contribuir a que un mercado se considere “nocivo”. Por lo que surge la pregunta sobre cómo se debe considerar el caso de la maternidad subrogada dentro de esta evaluación de los mercados nocivos. En las siguientes líneas, se evaluará esta circunstancia desde el enfoque de los mercados nocivos.

III.II. Maternidad subrogada en el marco de los mercados nocivos

Los mercados nocivos, como se evidencia en el análisis de Satz, pueden tener efectos profundos y duraderos tanto en los individuos como en la sociedad. En el caso específico de la maternidad subrogada, estos efectos se manifiestan de manera particularmente compleja. En relación a las fuentes de mercado, se evidencia que la asimetría de información y la vulnerabilidad de las partes involucradas son factores críticos. Una mujer que acepta ser gestante subrogada puede no comprender plenamente las implicaciones emocionales y físicas de su decisión hasta que se enfrenta a la realidad del embarazo y, finalmente, el parto. Esta falta de conocimiento previo puede llevar a situaciones de angustia y conflicto moral que trascienden las consideraciones puramente económicas del acuerdo, situación donde la mujer acepta condiciones sin conocer plenamente los riesgos.

⁷³ Debra Satz ejemplifica este escenario con lo sucedido con las personas con discapacidades que han sido excluidas de posiciones sociales y espacios públicos (2015, p. 137).

La complejidad de los contratos de subrogación y la naturaleza de la experiencia del embarazo y la entrega del menor aumentan esta asimetría, afectando la capacidad de la gestante para tomar decisiones informadas. Por lo que, se puede argumentar que existe tanto una débil capacidad de acción como una información altamente débil en los acuerdos de este tipo.

Así también, en relación a la vulnerabilidad subyacente, en muchos casos, las mujeres que optan por ser madres subrogadas lo hacen debido a la necesidad económica, lo que las coloca en una posición de extrema vulnerabilidad. Más aún, cuando confluyen dentro de la mujer, diversas identidades que influyen en la toma de decisiones reproductivas (interseccionalidad). Esta necesidad puede crear un entorno en el que la mujer no se encuentra en condiciones de negociar de manera justa y equitativa. De este modo, la disparidad de poder y recursos entre la gestante y los padres comitentes puede intensificar esta vulnerabilidad, resultando en una transacción que no es verdaderamente voluntaria ni equitativa.

Por su parte, podría considerarse dentro de las consecuencias del mercado que la maternidad subrogada puede potencialmente tener efectos perjudiciales significativos para la mujer subrogada, afectando su bienestar emocional y físico. Las mujeres que pasan por este proceso pueden experimentar un impacto duradero en su salud mental y física, y enfrentar dilemas morales que pueden afectar su percepción de autonomía y dignidad. Además, la dinámica de alumbrar y entregar al recién nacido puede tener implicaciones emocionales que no siempre se comprenden o anticipan al momento de firmar un contrato.

Asimismo, la comercialización de la maternidad subrogada puede perpetuar y exacerbar desigualdades de género y reproducir estereotipos negativos. Este impacto en la sociedad, se intensifica especialmente cuando involucra a mujeres en situaciones de vulnerabilidad. Esto puede perpetuar dinámicas de poder desiguales, así como comercializar aspectos considerados como elementales de la experiencia humana, como la reproducción y los vínculos familiares. Por lo tanto, resulta esencial tratar la maternidad subrogada con un enfoque ético sólido que incluya no solo los aspectos contractuales, sino también las repercusiones a largo plazo para todos los involucrados y para la sociedad en su conjunto.

Finalmente, es importante destacar que todas estas afirmaciones reflejan aquellas posturas más frecuentes en el debate público sobre la gestación por sustitución; no obstante, cada una de ellas debe ser evaluada cuidadosamente. Por ello, serán evaluadas con mayor detenimiento en el siguiente capítulo, en la sección denominada “*Problemáticas en torno a la maternidad subrogada*”. Hasta el momento, nos hemos limitado a examinar estas perspectivas dentro del contexto de los parámetros que definen un mercado como nocivo, considerando cómo la subrogación se encuadra en dichos criterios, como se puede vislumbrar de forma concisa en la tabla 5.

Tabla 5

Evaluación de los mercados nocivos: Aplicación a la maternidad subrogada

Parámetros de los Mercados Nocivos	Descripción	Implicaciones para la Maternidad Subrogada
Fuentes del Mercado		
Asimetría en conocimiento y débil capacidad de acción	Se refiere a la desigual capacidad para tomar decisiones debido a la falta de información adecuada sobre la naturaleza y/o los resultados de un mercado.	Las mujeres gestantes pueden no comprender completamente las implicaciones emocionales, físicas y legales de la subrogación, lo que puede llevar a situaciones de incertidumbre y conflicto moral.
Extrema Vulnerabilidad Subyacente	Describe a los mercados que tienen entre sus participantes necesidades desiguales. Una de las partes en la transacción se encuentra en una situación de vulnerabilidad extrema, susceptible de ser explotada.	Las mujeres en situaciones socioeconómicas vulnerables pueden aceptar ser gestantes subrogadas debido a la necesidad financiera y no a una elección verdaderamente libre, aumentando el riesgo de explotación y desigualdad en la negociación.
Consecuencias del Mercado		
Resultados Profundamente Perjudiciales para las Partes	El mercado puede causar daños significativos a los individuos involucrados, como llevarlos a la pobreza o no satisfacer sus intereses de agencia.	La maternidad subrogada puede tener efectos físicos o emocionales perjudiciales para la mujer subrogada, afectando sus condiciones básicas de bienestar y su percepción de dignidad y autonomía.
Resultados Extremadamente	El mercado puede deteriorar las condiciones sociales,	La comercialización de la maternidad subrogada puede perpetuar

Perjudiciales para la Sociedad	promover la servidumbre y socavar la gobernanza democrática, con efectos negativos en la cohesión social.	estereotipos negativos, así como desigualdades de género. Socavando las bases de la igualdad social, afectando negativamente a las mujeres y la estructura social.
---------------------------------------	---	--

Nota: Elaboración propia adaptada del cuadro de Debra Satz (2015, p. 136).

La presente tabla demuestra el análisis de la maternidad subrogada a través de los parámetros propuestos por Satz para evaluar la nocividad de los mercados, revelando preocupaciones sustanciales. Tanto en las fuentes como en las consecuencias de este tipo de transacciones, se evidencian dinámicas que pueden generar resultados perjudiciales para los individuos involucrados y la sociedad en general.

Por un lado, en cuanto a las fuentes, la asimetría de conocimiento y la débil capacidad de acción de las mujeres gestantes son factores clave. Estas pueden no comprender plenamente las implicaciones reales de la subrogación hasta el alumbramiento. Además, la extrema vulnerabilidad de las mujeres en situaciones socioeconómicas precarias, a lo que se suma el conjunto de identidades que recae sobre ella, las hace susceptibles a la explotación, aceptando condiciones desfavorables por necesidad económica.

Por otro lado, en relación con las consecuencias, la maternidad subrogada puede tener efectos profundamente perjudiciales para las mujeres gestantes, afectando su bienestar, dignidad y autonomía. Asimismo, la comercialización de la gestación por sustitución plantea serios desafíos al exacerbar las desigualdades de género y socavar la cohesión social, lo que obliga a considerar cuidadosamente su regulación y las implicaciones de su práctica en la sociedad.

El análisis demuestra que la maternidad subrogada, cuando se enmarca como un acuerdo comercial oneroso, plantea riesgos significativos al situarse dentro de los mercados nocivos. La introducción de dinero en estos procesos intensifica las preocupaciones éticas, legales y sociales, debido a las implicancias que conlleva en términos de explotación, desigualdad y vulnerabilidad de las partes involucradas, especialmente en el caso de la gestante subrogada. No obstante, este análisis también permite considerar la alternativa de realizar esta práctica bajo un esquema de gratuidad, lo que podría reducir ciertos riesgos al eliminar el componente

económico. Sin embargo, esto no significa que la gratuidad sea una solución definitiva, ya que persisten los problemas inherentes a la práctica que requieren atención y regulación adecuada.

En conclusión, el análisis basado en los parámetros de los mercados nocivos subraya la necesidad de abordar la maternidad subrogada con gran cautela y prestar especial atención a las asimetrías de poder, la vulnerabilidad de las partes involucradas y las posibles repercusiones sociales. Cualquier regulación o marco ético en torno a esta práctica debe considerar cuidadosamente estos factores para mitigar los riesgos de explotación y salvaguardar el bienestar y la dignidad de todas las personas afectadas. En el siguiente capítulo, se analiza detenidamente las problemáticas que surgen frente a este procedimiento.



CAPÍTULO III: LA MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO: LINEAMIENTOS PARA EL CASO PERUANO

La maternidad subrogada plantea un desafío complejo en el ámbito jurídico peruano debido a la ausencia de un marco normativo específico y a las tensiones éticas, legales y sociales que conlleva. Este capítulo ofrece una aproximación integral de la gestación subrogada desde la perspectiva del Estado Constitucional de Derecho, orientada a identificar las principales problemáticas bioéticas y jurídicas vinculadas a esta práctica y proponer lineamientos que sirvan como herramientas para su adecuada evaluación, resolución y eventual regulación.

El primer apartado examina la posible prohibición implícita de la maternidad subrogada en la Ley General de Salud, analizando las consideraciones de esta normativa en la práctica. De manera que, se dilucida la controversia respecto a si la maternidad subrogada se encuentra efectivamente prohibida o permitida en el ordenamiento jurídico peruano. Esta evaluación resulta clave para establecer las bases jurídicas sobre las que se asientan los desafíos de esta práctica en el país.

Teniendo presente este panorama, el segundo apartado evalúa las principales problemáticas referentes a la maternidad subrogada, como una posible afectación directa de la esencia misma de la maternidad, considerando la naturaleza particular del trabajo reproductivo. Asimismo, se estudian las posibles repercusiones que esta práctica podría generar sobre los derechos y el bienestar integral de los niños concebidos bajo estos acuerdos reproductivos. Así también, se examina la potencial instrumentalización y explotación de la mujer que funge como gestante, evaluando los riesgos de cosificación, afectación a su dignidad y el potencial impacto simbólico de esta práctica sobre la sociedad.

Las problemáticas identificadas se abordan desde el enfoque bioético-jurídico desarrollado en el segundo capítulo, que integra principios de la bioética, así como los principios de dignidad, no instrumentalización e información, junto con las directrices y enfoques allí expuestos. Este análisis permite una comprensión más profunda de las implicancias éticas, legales y sociales de la maternidad subrogada, y destaca las principales consideraciones que deben tenerse en cuenta al momento de regular, resolver o debatir esta práctica en el contexto peruano.

Finalmente, el tercer apartado presenta lineamientos prácticos orientados a brindar herramientas útiles tanto para operadores de justicia como para legisladores y demás actores interesados en la materia. Si bien es posible plantear propuestas normativas en el mediano plazo, la urgencia de la situación actual exige respuestas inmediatas. Por ello, esta tesis prioriza el desarrollo de criterios prácticos y sólidamente fundamentados que permitan abordar esta temática, poco explorada en el Perú, de manera informada, justa y coherente con los principios del Estado Constitucional de Derecho. Este enfoque no solo busca fortalecer la capacidad judicial para resolver los casos ya existentes, sino también contribuir al diseño de futuras regulaciones más equitativas y respetuosas de los derechos de todas las partes involucradas, alineadas con los principios éticos, bioéticos y jurídicos.

I. ¿Una prohibición de la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano?

El debate sobre la maternidad subrogada en el Perú plantea complejos desafíos éticos, jurídicos y sociales respecto a los límites que debería establecer el ordenamiento jurídico frente a esta práctica. En la actualidad, el país carece de una legislación específica que la regule integralmente, lo que genera incertidumbre legal y propicia discusiones en torno a su eventual prohibición o regulación. Esta situación no es única, ya que diversos países han adoptado enfoques disímiles, reflejando la diversidad de posturas a nivel internacional.

En el derecho comparado, la maternidad subrogada ha sido abordada de manera variada. Países como Francia, España y Alemania la prohíben de forma absoluta, fundamentando la defensa de la dignidad, la integridad corporal y la prevención de la explotación. Por el contrario, el Reino Unido, ciertos estados de Australia e India permiten la práctica bajo su modalidad altruista y con regulaciones orientadas a proteger los derechos de las partes involucradas. En Estados Unidos la legislación varía según cada estado, abarcando desde la prohibición hasta la regulación comercial. Rusia, por su parte, permite la maternidad subrogada de forma extendida, aunque sin un marco regulatorio detallado. De esta manera, se evidencia la falta de

consenso internacional sobre la práctica de la gestación subrogada⁷⁴.

En el Perú, la ausencia de un marco normativo específico impide delimitar con claridad los derechos y obligaciones de los comitentes, la gestante y el niño o niña nacido a través de esta técnica. No se contemplan aspectos esenciales como el reconocimiento de la filiación, las garantías de protección a la mujer gestante ni los mecanismos para resolver posibles controversias, generando una situación de inseguridad jurídica considerable. En este escenario, el artículo 7 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud (LGS), que data del año 1997, es el único referente normativo sobre esta materia, que presenta una redacción sobre la identidad de la madre que genera una mayor confusión en la incertidumbre ya existente.

El problema jurídico surge entonces debido a que, en el caso de la maternidad subrogada *gestacional*⁷⁵, la condición de la madre gestante y madre genética no recaen sobre la misma mujer –exigencia del artículo 7 de la LGS–. En este caso, el artículo 7 podría interpretarse como una limitación a esta modalidad, al exigir la coincidencia entre ambos roles (véase la figura 13), planteando la interrogante de si este tipo particular de subrogación se encuentra prohibido. En cambio, la gestación subrogada tradicional no estaría en contradicción con la norma, cumpliendo formalmente con su exigencia (véase la figura 12). Por lo tanto, la evaluación que se realiza a continuación se centra en el tipo gestacional de la subrogación, siendo el modelo más dilemático pero al mismo tiempo el más recomendado.

I.I. La maternidad subrogada en el marco constitucional peruano

En el Perú no existe una regulación específica sobre la gestación por sustitución. El Código Civil, vigente desde 1984, refleja una concepción tradicional de la familia conformada por un padre, una madre y los hijos, en la que coinciden la maternidad o paternidad biológica y legal, salvo en casos de adopción. Sin embargo, el desarrollo de técnicas de reproducción asistida heterólogas ha transformado este esquema, al distinguir entre diferentes tipos de maternidad o paternidad. Estas incluyen la

⁷⁴ Para la revisión de un análisis más detenido sobre las situaciones legislativas de la maternidad subrogada en el derecho comparado, se recomienda consultar la sección titulada: “*I.II. Legislación comparada en torno a la maternidad subrogada*”, ubicada en el primer capítulo.

⁷⁵ En este punto del análisis, resulta fundamental recapitular las diferencias existentes entre la gestación subrogada tradicional y la gestacional, esta se desarrolló con detalle en el apartado denominado: “*I. Caracterización y modalidades de la maternidad subrogada*” del segundo capítulo.

genética, quien aportan el material genético; la biológica, cuando la madre gestante no coincide con quien proporciona dicho material; la volitiva o voluntaria, quien desea tener al hijo; la social, que implica la crianza y el afecto otorgado; y la legal, que legalmente señala quiénes son padres y madres (Gonzales y Garcés, 2021, p. 280). Esta evolución pone de manifiesto la necesidad de actualizar las regulaciones legales para responder a los avances científicos y de la tecnología reproductiva.

El referido Código dispone, en su artículo 371⁷⁶ que la maternidad puede ser impugnada en casos de parto simulado o suplantación del hijo, mientras que el artículo 409⁷⁷ regula la declaración de maternidad extramatrimonial basada en pruebas relacionadas con el parto y la identidad del hijo. Esta normativa refleja la concepción tradicional de la maternidad determinada por el parto (*mater semper certa est*), dentro del contexto de métodos de concepción natural (Gonzales y Garcés, 2021, p. 280). Esta regulación evidencia un enfoque limitado que no considera las realidades derivadas de las técnicas de reproducción asistida⁷⁸.

A nivel internacional, no existe un instrumento específico que regule de manera exclusiva la práctica de la gestación subrogada, sin embargo, estas técnicas están estrechamente relacionadas con diversos derechos humanos. Por ende, los tratados internacionales también son fundamentales en esta materia. Documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, entre otros, reconocen derechos intrínsecamente vinculados a la maternidad subrogada, como la salud sexual y reproductiva, la igualdad, la intimidad, la protección de la familia, el interés superior del niño y más derechos⁷⁹.

⁷⁶ “Artículo 371.- Impugnación de la maternidad. La maternidad puede ser impugnada en los casos de parto supuesto o de suplantación del hijo”.

⁷⁷ “Artículo 409.- Declaración judicial de maternidad extramatrimonial. La maternidad extramatrimonial también puede ser declarada judicialmente cuando se pruebe el hecho del parto y la identidad del hijo”.

⁷⁸ Se constata que no se abordan las nuevas formas de maternidad y paternidad que han surgido con estas técnicas de reproducción asistida de naturaleza heteróloga, cuya aplicación es cada vez más frecuente. Razón por la cual, se generan vacíos o lagunas jurídicas que deben ser cubiertas a través de la jurisprudencia mientras no se promulgue una regulación específica sobre la materia (Gonzales y Garcés, 2021, p. 280).

⁷⁹ Para la revisión de un análisis más detallado sobre estos derechos y principios, así como su vinculación con la maternidad subrogada, se recomienda consultar la sección titulada: “I.I.II. Marco normativo internacional referente a los derechos involucrados en la maternidad subrogada”, ubicada en el primer capítulo.

Es importante resaltar que en el Perú, los tratados internacionales de derechos humanos tienen rango constitucional y forman parte del ordenamiento jurídico, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución⁸⁰ y el artículo VIII del Código Procesal Constitucional⁸¹. Este marco exige interpretar los derechos constitucionales de conformidad con los tratados internacionales y las resoluciones de tribunales de derechos humanos, priorizando siempre la norma más protectora. En este sentido, el tratamiento de la maternidad subrogada debe considerar los derechos humanos y principios reconocidos internacionalmente, garantizando tanto los derechos de las mujeres gestantes como los de los niños concebidos.

La indeterminación de la Ley General de Salud, genera un panorama de incertidumbre jurídica, propiciando interpretaciones divergentes y hasta inconsistentes por parte del sistema de justicia. Esto afecta directamente el principio de seguridad jurídica, al no ofrecer reglas claras que orienten la actuación judicial ni garanticen a los ciudadanos previsibilidad en las resoluciones.

Jueces y juezas resuelven estos casos, completamente novedosos⁸², apelando al artículo 139, inciso 8, de la Constitución⁸³, que impone el deber de impartir justicia incluso en presencia de estos vacíos o deficiencias legales. Como se expuso en el primer capítulo, la jurisprudencia peruana ha ido trazando un camino progresivo en el tratamiento de estos casos, recurriendo a los principios constitucionales y al derecho internacional como fuentes complementarias. Enfrentando desafíos jurídicos y éticos

⁸⁰ “Cuarta. - Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁸¹ “Artículo VIII. Interpretación de los derechos humanos y tratados internacionales. El contenido y alcances de los derechos constitucionales protegidos por los procesos regulados en el presente código deben interpretarse de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos, los tratados sobre derechos humanos, así como con las decisiones adoptadas por los tribunales internacionales sobre derechos humanos constituidos según tratados de los que el Perú es parte. En caso de incompatibilidad entre una norma convencional y una constitucional, los jueces preferirán la norma que más favorezca a la persona y sus derechos humanos”.

⁸² Si bien se ha identificado cierta uniformidad en las resoluciones judiciales orientadas a proteger a los menores nacidos mediante estas técnicas, las argumentaciones empleadas y los enfoques adoptados no siempre son consistentes. Esto resulta evidente en el caso de Ricardo Morán, en el cual el Tribunal Constitucional, como máximo intérprete de la Constitución, emitió un fallo sin profundizar en el análisis de la maternidad subrogada como tal, limitándose a pronunciarse sobre la igualdad en el Código Civil en relación con la revelación de la identidad materna, que sigue siendo un pronunciamiento conflictivo. Este caso se evalúa con mayor detalle en el primer capítulo.

⁸³ “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: Inciso 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”.

complejos, especialmente en materia de filiación, interés superior del niño y reconocimiento legal de los vínculos parentales (véase la tabla 4)⁸⁴.

Casos como *C.M.S.E. vs. L.E.M.B.* sentaron un precedente al reconocer a la madre genética como legítima progenitora, valorando la existencia de un vínculo genético y un acuerdo de gestación no comercial. En esta línea, el interés superior del niño ha sido un eje central en la resolución de conflictos, como se evidenció en *D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros*, donde, a pesar de que la gestante y su pareja se apartaron del acuerdo inicial, la Corte priorizó el bienestar de la menor, garantizando su crianza con su entorno conocido con los padres intencionales⁸⁵. Asimismo, se han generado importantes avances en materia de derechos registrales. En *F.D.N.R., A.N.B.V. & otros vs. RENIEC*, el juez ordenó la inscripción de los comitentes como padres de los mellizos nacidos por subrogación, y en el caso *Ricardo Morán vs. RENIEC*, el Tribunal Constitucional reconoció la ciudadanía de los menores, garantizando su derecho a la identidad.

Sin embargo, persisten desafíos importantes cuando los casos involucran compensaciones económicas o documentación cuestionada. En *D.F.P.Q. & otros vs. I.Z.C.M. & otros*, la sospecha de un acuerdo remunerado generó una respuesta restrictiva por parte del tribunal, ante posibles situaciones de explotación. De igual forma, en el caso de la pareja chilena *J.T.P. & R.M.A.*, la falta de claridad documental derivó en acusaciones de falsificación y presunta trata, a pesar de no haberse acreditado pago alguno. Estas situaciones evidencian la urgencia de una regulación que brinde seguridad jurídica y permita evaluar cada caso con criterios claros, protegiendo los derechos de todas las partes, especialmente de los menores.

En términos generales, la evolución jurisprudencial ha transitado desde una visión estrictamente biológica —como en *M.C.O.C. vs. M.A.A.D.*— hacia un enfoque más inclusivo que reconoce los acuerdos altruistas como válidos, siempre que se respete el interés superior del niño y los derechos reproductivos⁸⁶. Sin embargo, aún persisten

⁸⁴ Para la revisión de un análisis más detallado sobre los diferentes casos que serán comentados a continuación, se recomienda consultar la sección titulada: “II.II. Jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada”, ubicada en el primer capítulo.

⁸⁵ En parte importante de la doctrina jurisprudencial se establece que la maternidad subrogada no puede ser considerada como ilícita en nuestro ordenamiento jurídico (Exp. N° 183515-2006-00113).

⁸⁶ La apertura hacia la aceptación de la subrogación se consolida en los diversos fallos presentados en la doctrina jurisprudencial y en el más reciente caso correspondiente a *E.A.M.V. & N.V.G.M. vs. RENIEC* (Exp. N° 1707-2022, 2024). En estos procesos, se otorga prioridad fundamental al principio

reticencias para abordar este tema de manera integral, como quedó evidenciado en la reciente decisión del Tribunal Constitucional en el caso de *Ricardo Morán*, donde evitó pronunciarse explícitamente sobre la gestación por sustitución.

En el ámbito penal, no existe una sanción específica para la maternidad subrogada. Aunque están sujetas a restricciones éticas y legales, estas derivan de conflictos con instituciones jurídicas como el parentesco, la filiación y el ejercicio de los derechos reproductivos. Mientras que, se consideran actos delictivos los que involucren fraude en las relaciones de parentesco o filiación, como el fingimiento de embarazo, la suposición de parto, la alteración de la filiación o del estado civil, y los falsos reconocimientos, que están regulados en los artículos 143 a 145 del Código Penal⁸⁷. Estos actos suelen estar asociados al tráfico de menores, una conducta penalmente perseguida (Varsi, 2017). Por tanto, en ausencia de alguna de estas acciones tipificadas, no sería posible aplicar una sanción penal.

Por ello, aunque estos actos puedan ser considerados socialmente contrarios al derecho o a la moral de determinados grupos de personas, no constituyen delitos ni faltas, al no estar tipificados en la legislación penal. Esto en concordancia con el principio jurídico: no hay crimen ni pena sin ley previa (*nulla crimen, nulla poena sine praevia lege*) (Varsi, 2017). En este sentido, la inexistencia de una norma penal impide que se puedan sancionar penalmente los casos de subrogación.

Con todo ello, se concluye que a pesar de no contar con una regulación específica

del interés superior del niño y a la protección de sus derechos, reconocen la complejidad inherente a la maternidad subrogada y cuestionan la obsolescencia del concepto tradicional de maternidad. Lo cierto es que, pese a este vacío normativo, el sistema judicial ha adoptado interpretaciones progresivas de las normas, priorizando los derechos y principios. Sin embargo, sigue persistente la situación de jueces y juezas, quienes deben enfrentar complejos dilemas éticos y jurídicos sin una guía legislativa clara, por lo que refuerza se debe analizar las problemáticas generadas en torno a la maternidad subrogada.

⁸⁷ “Artículo 143.- Supresión o alteración del estado civil. El que, con perjuicio ajeno, altera o suprime el estado civil de otra persona será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años o con prestación de servicio comunitario de veinte a cincuentidós jornadas”.

“Artículo 144.- Fingimiento de estado de gravidez o parto. La mujer que finge embarazo o parto, para dar a un supuesto hijo derechos que no le corresponden, será reprimida con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años. La misma pena privativa de libertad y, además, inhabilitación de uno o tres años, conforme al artículo 36, inciso 4, se aplicará al médico u obstetra que cooperen en la ejecución del delito”

“Artículo 145.- Alteración o supresión de la filiación de menor. El que exponga u oculte a un menor, lo sustituya por otro, le atribuya falsa filiación o emplee cualquier otro medio para alterar o suprimir su filiación será reprimido con pena privativa de libertad no menor de uno ni mayor de cinco años”.

sobre la maternidad subrogada, no se trata de un vacío normativo absoluto⁸⁸. Esto se debe a que el ordenamiento jurídico peruano contiene disposiciones que, aunque abordan aspectos parciales del tema, reconocen derechos y principios generales aplicables. No obstante, estas normas resultan insuficientes y carecen de la precisión necesaria para regular de manera integral la gestación subrogada. Por lo tanto, se evidencia la existencia de una laguna jurídica⁸⁹ –lo que se abordará en la siguiente sección– que genera una considerable incertidumbre tanto para quienes participan en estos procesos, como para quienes deben resolverlos.

Hoy en día, estos casos han cobrado mayor visibilidad y atención pública, como lo demuestran casos ampliamente difundidos, como el de Ricardo Morán, la pareja chilena o el proceso aún pendiente de resolución ante el Tribunal Constitucional de Carmen López y Nilton Zamudio contra RENIEC (Exp. N° 01367-2019-PA/TC). Este último escenario, debe ser percibido como una oportunidad para abordar este complejo y dilemático tema de manera adecuada⁹⁰, para enriquecer el debate constitucional desde el enfoque interdisciplinario que plantea esta tesis. Así, no solo se contribuye al análisis académico, sino que también se brindan herramientas teóricas y prácticas que permiten a legisladores, operadores jurídicos, académicos y demás actores enfrentar estos desafíos con mayor claridad.

⁸⁸ Para determinar si la subrogación en el Perú constituye un vacío normativo o una laguna jurídica, es preciso distinguir conceptualmente ambos términos. Un vacío normativo ocurre cuando un hecho no está regulado por norma alguna y se considera que no requiere regulación jurídica. En contraste, una laguna jurídica se configura cuando existe una situación relevante que sí debería estar regulada, pero carece de una norma aplicable, lo que exige su integración mediante interpretación o creación normativa para ofrecer una respuesta adecuada dentro del sistema jurídico (Rubio, 2009, pp. 261-262).

⁸⁹ Según Alchourrón y Bulygin, una laguna jurídica se configura cuando el sistema jurídico no ofrece una solución normativa respecto de una acción perteneciente a una clase relevante. Específicamente, si una acción (p), integrante de una clase de acciones (H), no está ni prohibida ('O-p') ni permitida ('Pp') por el sistema jurídico (S), se concluye que este es incompleto respecto de H (2021, pp. 427-428). En tal sentido, la laguna refleja una ausencia de regulación normativa en relación con un supuesto que, por su relevancia, debería estar contemplado, lo que evidencia una insuficiencia en la determinación del contenido del sistema jurídico. Esta situación será abordada con detenimiento en la siguiente sección.

⁹⁰ Es fundamental abordar este tema de manera integral y adecuada, ya que un enfoque parcial o evasivo puede resultar peligroso. Un ejemplo de ello es el controvertido pronunciamiento del Tribunal Constitucional en el caso de Ricardo Morán, en el que se cuestionaron las normas que tradicionalmente priorizan la figura materna en los registros civiles. Esta decisión, la posibilidad de inscribir a menores en los registros civiles sin revelar la identidad de la madre, plantea riesgos significativos, lo que, como se analizó detalladamente en el primer capítulo, podría generar consecuencias graves para la seguridad de los niños y niñas (Siverino, 2024a). Por ello, es imperativo que las autoridades actúen con la cautela que esta problemática requiere, ya que un manejo inadecuado puede poner en riesgo a todas las partes involucradas: los comitentes, la mujer gestante subrogada y los concebidos mediante estas técnicas.

En conclusión, si bien la jurisprudencia peruana ha avanzado hacia enfoques más inclusivos, persisten importantes dificultades, en particular en casos que involucran contraprestaciones económicas. La subrogación en el Perú se desarrolla en una zona gris, que genera inseguridad jurídica y resoluciones judiciales dispares. Ante este escenario, resulta esencial esclarecer esta práctica dentro de las posturas divergentes que afirman su permisibilidad o prohibición en el ordenamiento actual.

I.II. La referida “prohibición” de la maternidad subrogada en la Ley General de Salud

La Ley General de Salud en el Perú es el marco normativo principal para la organización y el funcionamiento del sistema de salud, cuyo objetivo es garantizar el derecho a la salud de la población⁹¹. En su contenido, esta Ley establece lineamientos generales para la protección de este derecho como interés público y la protección de los derechos fundamentales en el ámbito médico, por lo que también incluye disposiciones sobre las técnicas de reproducción asistida. Estas disposiciones se enmarcan dentro de un contexto legal y ético que busca evitar potenciales abusos, pero también plantean indeterminación, como en el caso de la subrogación. A continuación, se examinará cómo esta Ley regula esta práctica y sus implicancias jurídicas, abordando también su interpretación constitucional.

En principio, para comprender la naturaleza del artículo 7 de la LGS, es fundamental distinguir los dos tipos de enunciados normativos que componen el ordenamiento jurídico peruano: las normas regulativas y las normas constitutivas (véase la tabla 6). Esta distinción resulta fundamental, ya que la identificación del tipo de norma en un caso concreto permite determinar si existe o no una prohibición normativa.

En relación con las normas regulativas, estas tienen como objetivo guiar la conducta de los individuos al establecer qué acciones son permitidas, obligatorias o prohibidas⁹² (Ródenas, 2015, p. 15). Según Atienza y Ruiz Manero, estas normas se subdividen en reglas y principios. A su vez, las reglas se dividen en reglas de acción

⁹¹ “TÍTULO PRIMERO: Derechos, deberes y responsabilidades concernientes a la salud individual”.

⁹² Alchourrón y Bulygin, indican que toda norma regulativa tiene una estructura condicional compuesta por un supuesto de hecho (caso) y una consecuencia jurídica (solución normativa): el caso establece las condiciones en que la norma se aplica, y la solución indica si una acción está permitida, prohibida u obligada. Por ejemplo, en la norma que prohíbe fumar en centros de trabajo, el caso es estar en dicho lugar, y la solución normativa es la prohibición de fumar (Ródenas, 2015, pp.15-16).

y reglas de fin, mientras que los principios se clasifican en principios en sentido estricto y directrices (Ródenas, 2015, p. 16).

Por un lado, se clasifican en reglas de acción y reglas de fin, según el tipo de conducta que prescriben. Las primeras ordenan o prohíben la realización de acciones específicas cuando se presentan determinadas condiciones, dicen qué hacer o no hacer, son claras y simples de aplicar⁹³ (Ródenas, 2015, pp. 16-17). En contraste, las reglas de fin no establecen una acción determinada, sino que imponen la obligación de producir un estado de cosas, dejando a los destinatarios un margen de apreciación para decidir cuáles medios resultan más adecuados para alcanzar dicho resultado⁹⁴ (Ródenas, 2015, pp. 17-18). En síntesis, las reglas, ya sean de acción o de fin, definen cómo debe conducirse la persona frente a situaciones específicas.

En cuanto a los principios, los principios en sentido estricto, a diferencia de las reglas, no establecen condiciones de aplicación genéricas, sino que prescriben acciones que deben realizarse en la medida de lo posible, lo que exige ponderación cuando entran en conflicto con otros principios⁹⁵ (Ródenas, 2015, p. 18). Por su parte, las directrices, a diferencia de los principios, persiguen la realización de ciertos estados de cosas en la mayor medida posible, lo que implica un deber de optimización sujeto a la disponibilidad de medios y a la articulación con otras directrices⁹⁶ (Ródenas, 2015, p. 22). Por ende, los principios representan directrices más amplias que orientan la interpretación y aplicación de las normas.

⁹³ Por ejemplo, la norma que prohíbe fumar en centros de trabajo impone una conducta claramente definida (abstenerse de fumar) ante un supuesto de hecho concreto (estar en un centro de trabajo), lo que simplifica el razonamiento práctico de sus destinatarios, quienes no necesitan deliberar sobre los motivos de la norma ni las consecuencias de su cumplimiento (Ródenas, 2015, pp.16-17).

⁹⁴ Por ejemplo, una norma que ordena a las autoridades municipales garantizar la seguridad en eventos públicos no indica cómo debe lograrse ese objetivo, sino que exige su cumplimiento a través de los medios que el responsable considere idóneos según el contexto. Así, el razonamiento práctico es más complejo, dado que el cumplimiento de la norma depende de la evaluación de las circunstancias y de la eficacia de las acciones elegidas para alcanzar el fin establecido (Ródenas, 2015, pp.17-18).

⁹⁵ Los principios ofrecen soluciones normativas prima facie y exigen un razonamiento práctico para determinar su prevalencia en casos concretos, especialmente cuando colisionan con otros principios. Además, fundamentan muchas reglas, cuya validez puede ser cuestionada si se apartan de ellos, como en el caso de una norma que permita el ingreso policial sin orden judicial, contraviniendo el principio de inviolabilidad del domicilio. En este sentido, los principios no solo orientan la interpretación de las reglas, sino que, en caso de conflicto, deben prevalecer racionalmente (Ródenas, 2015, pp. 20-21).

⁹⁶ Su aplicación exige un diseño de políticas públicas eficientes, cuya fiscalización judicial solo procede en supuestos extremos de inacción o manifiesta idoneidad, siendo su desarrollo una tarea propia del proceso político (Ródenas, 2015, pp.23-24).

En contraste, las normas constitutivas no regulan conductas, sino que crean las condiciones para que existan hechos o acciones institucionales. Estas normas permiten la producción de resultados institucionales al establecer los procedimientos para que estos se generen (Pérez, 2015, p. 28). Las normas constitutivas se dividen en reglas que confieren poderes (RCP), reglas puramente constitutivas (RPC) y definiciones.

Para diferenciar adecuadamente las normas constitutivas, es menester realizar la distinción entre acciones y hechos, ya que esta clasificación permite identificar con claridad las RCP, asociadas a las acciones, y las RPC, vinculadas a los hechos. Las acciones son aquellos cambios en el mundo físico que requieren intervención humana, mientras que los hechos ocurren sin esta intermediación del hombre. Asimismo, tanto las acciones como los hechos pueden ser naturales o institucionales. Las acciones y hechos institucionales, al contrario de las acciones y hechos naturales⁹⁷, son relevantes para el Derecho, ya que, al ser cambios en el mundo institucional, de ellos depende la existencia de normas específicas (Pérez, 2015, p. 29). Esta diferenciación facilita comprender cómo las normas constitutivas operan dentro del sistema jurídico.

Las reglas que confieren poderes (RCP) son aquellas normas que permiten a los individuos realizar acciones institucionales que producen efectos jurídicos en el ordenamiento. Estas normas establecen los requisitos necesarios para que un sujeto realice una acción institucional-jurídica y produzca intencionalmente resultados institucionales (Pérez, 2015, p. 30). En cambio, las reglas puramente constitutivas (RPC) establecen los requisitos para que existan hechos jurídicos sin necesidad de intervención humana (Pérez, 2015, p. 41). Por último, las definiciones se limitan a establecer o aclarar el significado de ciertos términos empleados por el legislador, configurando el marco conceptual del ordenamiento jurídico (Pérez, 2015, p. 44).

⁹⁷ Las acciones o hechos naturales son aquellos cambios en el mundo físico que pueden ocurrir o ser realizados independientemente de la existencia de normas jurídicas o de cualquier otro tipo de regulación. Por ejemplo, la acción física de escribir sobre un papel mi última voluntad constituye un hecho natural. No obstante, esta acción se diferencia de la acción institucional de testar, la cual deriva del derecho de sucesiones, que contiene normas constitutivas que definen qué es un testamento y establecen los requisitos necesarios para su creación. En este sentido, son dichas normas las que posibilitan la producción del resultado jurídico conocido como "testamento" (Pérez, 2015, p. 29). Por lo tanto, mientras las acciones y hechos naturales carecen de relevancia jurídica por sí mismos, los institucionales adquieren significado dentro del sistema, lo que las hace relevantes en el derecho.

Estas normativas constitutivas estructuran el funcionamiento y el significado del ordenamiento jurídico, determinando tanto las acciones y hechos con efectos jurídicos como los conceptos fundamentales que lo conforman.

Ciertamente, la comprensión de la distinción entre normas regulativas y constitutivas resulta relevante en el ámbito de la interpretación jurídica, pues permite identificar correctamente la naturaleza y alcance de cada disposición. Esta clasificación determina las implicancias prácticas de las normas, particularmente en lo que respecta a establecer qué conductas están explícitamente prohibidas o permitidas. Esta distinción puede apreciarse de manera sintetizada y detallada en la tabla 6.

Tabla 6

Normas Regulativas vs. Normas Constitutivas

Aspecto	Normas Regulativas	Normas Constitutivas
Función Principal	Guían la conducta de los individuos estableciendo qué acciones son permitidas, obligatorias o prohibidas.	Crean las condiciones para la existencia de hechos o acciones institucionales.
Objetivo	Regular comportamientos en situaciones específicas y establecer consecuencias mediante reglas y principios.	Establecer los requisitos y procedimientos para producir resultados institucionales.
Ámbito de aplicación	Actúan en el plano práctico, indicando cómo deben comportarse las personas.	Actúan en el plano institucional, estructurando el funcionamiento del sistema jurídico.
Tipos	<ul style="list-style-type: none"> Reglas, que pueden ser de acción y de fin. Principios, que pueden ser principios en sentido estricto y directrices. 	<ul style="list-style-type: none"> Reglas que confieren poderes (RCP). Reglas puramente constitutivas (RPC). Definiciones.
Efecto	Ordenan, prohíben o permiten conductas.	Crean posibilidades de actuación en el mundo jurídico.
Carácter de cumplimiento	Pueden ser obedecidas o desobedecidas.	No pueden ser desobedecidas, solo pueden ser usadas correcta o incorrectamente.
Relevancia jurídica	Generan deberes y obligaciones, es decir, establecen las consecuencias	Generan facultades y posibilidades de actuación, es decir, determinan qué actos o

Aspecto	Normas Regulativas	Normas Constitutivas
	jurídicas de realizar o no realizar ciertas acciones.	hechos tienen efectos jurídicos válidos.

Fuente: Elaboración propia.

A partir del análisis comparativo realizado y vislumbrado en la tabla 6, se puede concluir que las normas regulativas y constitutivas cumplen roles fundamentalmente distintos pero complementarios en el ordenamiento jurídico. Mientras las normas regulativas actúan como guías directas del comportamiento humano estableciendo límites, obligaciones y permisos, las normas constitutivas funcionan como los cimientos del sistema jurídico al crear las condiciones y estructuras necesarias para que las primeras puedan operar.

Esta distinción es crucial porque permite entender que no toda norma jurídica busca regular conductas de manera directa. Las normas constitutivas, al definir conceptos, crear instituciones y conferir poderes establecen el marco dentro del cual las normas regulativas pueden existir y ser efectivas⁹⁸. Además, es importante notar que mientras las normas regulativas pueden ser desobedecidas (como cuando alguien viola una prohibición), las normas constitutivas no, simplemente no producen el efecto jurídico deseado si no se cumplen sus requisitos. Esta diferencia fundamental en su funcionamiento refleja su distinta naturaleza. Las normas regulativas buscan modificar conductas, mientras que las constitutivas crean realidades jurídicas.

Con este panorama aclarado, resulta crucial evaluar el artículo 7 de la Ley General de Salud, que es el único referente normativo explícito sobre las técnicas de reproducción asistida en el ordenamiento jurídico peruano. Su redacción establece:

"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

⁹⁸ Por ejemplo, sin las normas constitutivas que definen qué es un contrato y cuáles son los requisitos para que este sea considerado como válido, las normas regulativas sobre cumplimiento contractual no tendrían sentido.

humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos” [Subrayado agregado].

Este artículo presenta un notable problema de indeterminación respecto al tratamiento jurídico de la maternidad subrogada, lo que ha generado debates interpretativos significativos⁹⁹. Por lo que, se desarrollará un análisis desde las dos posibles categorizaciones normativas –regulativa y constitutiva– para comprender las implicancias jurídicas de cada interpretación.

Por un lado, para quienes sostengan que el artículo 7 es una norma regulativa, deben entenderlo como una disposición orientada a guiar la conducta de los individuos, estableciendo lo que está permitido, prohibido u obligado en el ámbito de las técnicas de reproducción asistida. Esta interpretación parte de considerar que la norma cumple la función de prescribir comportamientos específicos, operando como una regla de acción que prescribe una conducta determinada: la coincidencia obligatoria entre madre genética y gestante. En términos de la clasificación presentada, funcionaría como una regla regulativa que ordena ciertos requisitos para el acceso a las técnicas de reproducción asistida y prohíbe implícitamente aquellas modalidades donde no se cumpla tal coincidencia.

La expresión "siempre que la condición de madre genética y de madre gestante recaiga sobre la misma persona" configuraría una condición indispensable (*sine qua non*) para ejercer el derecho a la reproducción asistida. Consecuentemente, la modalidad gestacional, al implicar una disociación entre madre genética y gestante, quedaría implícitamente prohibida por la norma. Esta interpretación se refuerza al observar la estructura normativa del artículo, que establece un derecho condicionado (reproducción asistida) sujeto a un requisito específico (identidad entre madre genética y gestante)¹⁰⁰. La prohibición de la maternidad subrogada gestacional sería,

⁹⁹ Dicha indeterminación puede manifestarse en diversas formas, tales como la ambigüedad, la vaguedad o la textura abierta del lenguaje. Por ejemplo, la vaguedad se presenta cuando no resulta claro si un término es aplicable a determinados casos, no debido al desconocimiento de los hechos, sino por los límites imprecisos del lenguaje ordinario (Sotomayor, 2021, pp. 86-87). La textura abierta, entendida como la posibilidad de que surjan situaciones futuras e imprevistas —como avances en biotecnología reproductiva o nuevas técnicas de reproducción asistida— cuando desafíen las nociones actuales de identidad genética y gestacional (Sotomayor, 2021, pp. 100-101). En consecuencia, se puede afirmar que existe una indeterminación normativa en el artículo 7, sin que sea necesario, para los fines de la presente tesis, determinar con precisión el tipo específico de indeterminación implicado.

¹⁰⁰ Adicionalmente, el último párrafo del artículo establece expresamente prohibiciones específicas (fecundación con fines no reproductivos y clonación), lo que sumaría a esta interpretación regulativa,

por tanto, una consecuencia lógica derivada de la formulación condicional de este derecho. De esta manera, al categorizar el artículo 7 como una norma regulativa, se generan las siguientes implicancias:

1. La gestación subrogada gestacional resulta una práctica jurídicamente prohibida, aunque no exista una sanción específica para su contravención.
2. Los acuerdos de maternidad subrogada en la modalidad gestacional, serían contrarios a la ley, por lo tanto, nulos de pleno derecho¹⁰¹.
3. Se configura una laguna axiológica¹⁰², pues aunque el caso está regulado (prohibiendo implícitamente la práctica), dicha regulación podría considerarse injusta o inadecuada ante casos particulares donde la subrogación representaría la única alternativa para ciertos grupos o individuos, especialmente considerando los avances en materia reproductiva.

Por otro lado, quienes consideren que el artículo 7 es una norma constitutiva, señalarían que no regula conductas prohibiendo o permitiendo, sino que establece las condiciones institucionales para el reconocimiento jurídico de la reproducción asistida. En este enfoque, la norma no prohíbe la maternidad subrogada gestacional, sino que simplemente no la reconoce como institución jurídica válida. El artículo funcionaría como una regla que confiere poderes (RCP), estableciendo los requisitos necesarios para que los individuos puedan realizar la acción institucional de acceder a este tipos de técnicas con efectos jurídicos reconocidos. La condición de

pues refuerza su postura al señalar que existe una naturaleza regulativa en la disposición, que es capaz de establecer tanto permisos como prohibiciones en un mismo enunciado normativo.

¹⁰¹ La nulidad de pleno derecho supone que un acto jurídico es inválido desde su origen; es decir, no produce efectos legales, sin necesidad de pronunciamiento judicial. Según el Código Civil, esta nulidad se configura cuando el acto contraviene normas imperativas o de orden público (artículo V del Título Preliminar), o cuando su objeto es ilícito (artículo 219). Por consiguiente, de considerar estos tipos de acuerdos como contrarios al orden público y a principios éticos fundamentales, serían nulos de pleno derecho.

¹⁰² Una laguna axiológica se presenta cuando, desde la perspectiva valorativa del intérprete, falta una norma que *debería* existir según sus convicciones ético-políticas. No se trata de una descripción objetiva del derecho vigente, sino de una valoración crítica: es un juicio de cómo el derecho *debería ser*. Existen dos formas principales de lagunas axiológicas: primero, cuando un caso ya está regulado por una norma, pero el intérprete la considera injusta y cree que el sistema debería contener una norma diferente y más justa; y, segundo, cuando la norma existente contradice otra norma del mismo sistema que es axiológicamente superior, como una disposición constitucional o un principio fundamental (Guastini, 2014, pp. 146-147). En este caso, se trata de una laguna axiológica del primer tipo, que se presenta cuando el derecho positivo *sí* ofrece una respuesta (en este caso, una prohibición implícita de la maternidad subrogada gestacional), pero dicha respuesta es considerada injusta o insuficiente desde una perspectiva ética o valorativa.

coincidencia entre madre genética y gestante no operaría como una prohibición, sino como un elemento constitutivo del derecho mismo¹⁰³.

La expresión "siempre que" no indicaría una prohibición, sino la delimitación conceptual de la institución jurídicamente reconocida¹⁰⁴. Es decir, solo existiría jurídicamente el derecho a la reproducción asistida en tanto se cumpla con la identidad entre madre genética y gestante. Los casos que no cumplan esta condición simplemente no configurarían el supuesto normativo, quedando fuera del ámbito de reconocimiento jurídico. Esta interpretación se sustenta en que el artículo no establece consecuencias jurídicas por el incumplimiento de la condición, como sería propio de una norma regulativa, sino que define los límites institucionales del derecho mismo¹⁰⁵. De este modo, al categorizar el artículo 7 como una norma constitutiva, se generan las siguientes implicancias:

1. La maternidad subrogada gestacional no estaría prohibida, sino que simplemente no sería reconocida jurídicamente, configurando un vacío en el ordenamiento jurídico.
2. Los acuerdos de la modalidad gestacional de la gestación subrogada no serían necesariamente nulos, sino que carecerían de un marco jurídico específico que determine su validez y efectos.
3. Se configuraría una laguna normativa¹⁰⁶, pues existiría un caso (la modalidad gestacional) que debería estar regulado dada su relevancia social y jurídica, pero no lo está.

¹⁰³ En consecuencia, al igual que otras reglas que confieren poderes, esta disposición no podría ser "desobedecida" en sentido estricto. Simplemente, si no se cumple la condición establecida, el procedimiento no será reconocido dentro del marco institucional de la Ley General de Salud.

¹⁰⁴ Quienes adopten esta postura sostendrán que el artículo 7 de la LGS no contiene una prohibición expresa de la maternidad subrogada gestacional. A ello, sumarán lo dispuesto en el artículo 2, inciso 24, literal a, de la Constitución, según el cual "nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe". Este principio señala que todo aquello que no está prohibido expresamente por la ley se encuentra permitido, lo que exige que las restricciones a la libertad individual estén claramente establecidas, de lo contrario sería incompatible con el principio de legalidad. Por tanto, al no existir una prohibición clara, esta práctica se entendería permitida.

¹⁰⁵ Además, quienes defiendan esta postura señalarían que su ubicación en el texto normativo, configurando el derecho a la salud reproductiva, refuerza su carácter constitutivo antes que prohibitivo. Limitándose a delimitar las circunstancias bajo las cuales es posible realizar técnicas de reproducción asistida, sin ordenar, prohibir ni permitir su ejecución.

¹⁰⁶ Una laguna normativa se presenta cuando el legislador regula ciertos supuestos de hecho, pero omite contemplar algunas de sus combinaciones posibles, lo que genera un vacío en la respuesta jurídica (Guastini, 2014, p. 140). Frente a este tipo de situaciones, la interpretación es decisiva: puede prevenir la aparición de una laguna si amplía el alcance del texto normativo; también puede generarla,

En consecuencia, la interpretación del artículo 7 de la LGS revela un problema sustancial de indeterminación normativa respecto al tratamiento jurídico de la maternidad subrogada gestacional. No existe un criterio ontológico que permita clasificar definitivamente esta disposición como regulativa o constitutiva; ambas interpretaciones son metodológicamente viables y generan consecuencias jurídicas distintas. Esta indeterminación no es meramente teórica, sino que plantea implicancias prácticas relevantes.

De esta manera, si adoptamos la interpretación regulativa, la maternidad subrogada estaría prohibida, generando una laguna axiológica donde la solución normativa existe pero resulta insatisfactoria desde determinadas perspectivas valorativas¹⁰⁷. Por su parte, si adoptamos la interpretación constitutiva, enfrentamos una laguna normativa donde un caso jurídicamente relevante carece de regulación específica¹⁰⁸.

En cualquier caso, la solución a este problema interpretativo requiere trascender el análisis formal y recurrir a una interpretación sistemática¹⁰⁹ que integre el ordenamiento constitucional, los derechos fundamentales y los principios bioéticos relevantes. Solo mediante este enfoque integral será posible ofrecer una respuesta jurídica coherente frente a la compleja realidad de la maternidad subrogada en el Perú, tanto en su modalidad tradicional como gestacional. De este modo, se podrá garantizar la seguridad jurídica, el respeto de los derechos reproductivos y la

si interpreta las normas de manera que ciertos casos queden fuera; pero no puede eliminarla una vez identificada. Si la laguna persiste tras la interpretación, solo puede ser resuelta mediante la creación de una nueva norma, lo cual no es interpretación, sino una labor de integración o construcción jurídica propiamente dicha (Guastini, 2014, pp. 144-145). En este caso, interpretar la norma como constitutiva se excluye un supuesto social y jurídicamente relevante como la modalidad gestacional. Al no poder ser cubierta mediante interpretación, se configura una laguna normativa.

¹⁰⁷ El sistema jurídico no contempla todas las combinaciones relevantes que deberían recibir un tratamiento conforme a principios constitucionales. Así, la laguna no surge por ausencia de norma, sino porque la regulación existente resulta axiológicamente inadecuada para ciertos casos.

¹⁰⁸ Si la norma se interpreta como constitutiva, esta modalidad reproductiva quedaría en un limbo jurídico como resultado de una laguna normativa: ni prohibida ni permitida explícitamente, sino simplemente no regulada pese a su evidente relevancia jurídica. Esta omisión normativa es particularmente problemática debido a que la gestación subrogada en general, se encuentra estrechamente vinculada con derechos fundamentales reconocidos por el ordenamiento jurídico peruano, como la libertad reproductiva, el derecho a formar una familia y el derecho a la salud.

¹⁰⁹ La interpretación sistemática no alude a un único argumento interpretativo, sino a un conjunto de estrategias que buscan atribuir significado a una disposición normativa considerando su contexto dentro del sistema jurídico. Esta técnica no se limita a una única norma, sino que extiende su análisis al conjunto de disposiciones que integran una misma ley, materia o institución jurídica (Guastini, 2014, pp. 289-290). En su sentido estricto, busca evitar contradicciones lógicas o axiológicas dentro de un mismo cuerpo normativo, descartando aquellas interpretaciones que generen inconsistencias internas. Así, esta interpretación preserva la unidad, coherencia y armonía del sistema jurídico, asegurando que las normas se comprendan e integren como partes de un todo normativo (Guastini, 2014, pp. 293-294).

protección de la dignidad, especialmente en un contexto normativo donde la legislación específica puede ser escasa o presenta lagunas significativas.

Así las cosas, aunque la legislación actual no regula de manera específica la maternidad subrogada, el sistema jurídico sí reconoce diversos derechos y principios estrechamente vinculados a esta práctica, cuya protección no puede ser desconocida. Por ende, la interpretación que se adopte debe ser cuidadosa pues, como se analizó en el primer capítulo (véase la tabla 3), esta podría vulnerar principios fundamentales y comprometer la supremacía constitucional.

El acceso a las técnicas de reproducción asistida debe entenderse como una expresión del derecho a formar una familia (art. 4 de la Constitución) y del derecho a la salud sexual y reproductiva¹¹⁰ (art. 7 de la Constitución y la LGS), especialmente en favor de personas con problemas de fertilidad. Además, este acceso se vincula con derechos como la intimidad personal y familiar (art. 2, inciso 7 de la Constitución), la autonomía y el libre desarrollo de la personalidad (arts. 2, incisos 14 y 24, y art. 6 de la Constitución), al involucrar decisiones fundamentales sobre el cuerpo, la vida reproductiva y la formación de un proyecto familiar, las cuales deben ser respetadas en un Estado constitucional de derecho. En este sentido, restringir el acceso a dichas técnicas sin una justificación constitucional válida vulneraría el principio de igualdad y no discriminación (art. 2, inciso 2), al excluir a determinados grupos del ejercicio efectivo de sus derechos reproductivos¹¹¹.

En este contexto, la interpretación sistemática resulta clave para trascender la limitada discusión centrada en determinar si el artículo 7 de la LGS prohíbe o no la maternidad subrogada. Como se ha evidenciado, ambas vías interpretativas, aunque viables, no abordan adecuadamente los efectos reales que esta indeterminación genera sobre los derechos fundamentales de las personas involucradas. Por ello, este enfoque permite integrar disposiciones constitucionales, derechos fundamentales y principios

¹¹⁰ Samuel Abad sostiene que, en el Perú, los derechos sexuales y reproductivos constituyen derechos constitucionales implícitos. Aunque no están expresamente reconocidos en el ordenamiento jurídico, estos derivan de los derechos fundamentales a la libertad, la salud y la intimidad, lo que exige su plena garantía. Además, deben considerarse en la formulación de políticas públicas y normas relacionadas con la sexualidad y la reproducción, conforme al artículo 3 de la Constitución (Abad, 2012, p. 143).

¹¹¹ Para la revisión de un análisis más detallado sobre el contenido de estos derechos fundamentales y su vinculación con la maternidad subrogada, se recomienda consultar la sección titulada: “*II.I. Legislación en torno a la maternidad subrogada*”, ubicada en el primer capítulo.

bioéticos, orientando el análisis hacia una comprensión más completa. El artículo debe entenderse como una norma de orden público¹¹², pero no imperativa, lo que refuerza la necesidad de garantizar la supremacía constitucional y la protección efectiva de los derechos en riesgo.

En consecuencia, limitar el debate a la disyuntiva de si la maternidad subrogada está o no permitida bajo el marco del artículo 7 de la Ley General de Salud resulta metodológicamente intrascendente. Lo verdaderamente relevante es reconocer que, independientemente de la interpretación adoptada, el ordenamiento jurídico peruano no ofrece una respuesta suficiente, lo cual coloca a las personas involucradas en acuerdos de subrogación —especialmente a las gestantes y a los niños y niñas nacidos mediante esta técnica— en una situación de alta vulnerabilidad jurídica. Por tanto, el análisis debe avanzar hacia un examen profundo de las problemáticas específicas que plantea esta práctica en el Perú, las cuales serán desarrolladas en la siguiente sección.

II. Problemáticas en torno a la maternidad subrogada

La maternidad subrogada continúa siendo objeto de intensos debates éticos y jurídicos en diversos ámbitos, suscitando importantes interrogantes sobre los principios bioéticos que la sustentan. En esta sección se presentan y evalúan las principales problemáticas que se han formulado sobre la maternidad subrogada, desde las diferentes perspectivas de la bioética, con el fin de evaluar la validez de estos argumentos y determinar si son o no justificados. De esta manera, se identifican los principales desafíos que enfrentan los legisladores, jueces, académicos y demás actores interesados en abordar estos procedimientos.

¹¹² Un contexto similar es el de la “prohibición” de la cesión o donación de óvulos y espermatozoides, que presenta tres principales posturas: la primera sostiene que dicha práctica no está prohibida; la segunda argumenta que sí lo está, al no cumplirse con la exigencia de identidad entre la madre genética y la gestante; y la tercera la considera un acto ilícito y un abuso de derecho. Al respecto, se critica que prohibir exclusivamente la cesión de óvulos resultaría discriminatorio, especialmente si se tiene en cuenta que no existe restricción alguna para la cesión de espermatozoides. Por ello, se plantea la necesidad de superar una interpretación literal de la norma mediante una lectura constitucional que garantice el respeto a la igualdad de género. La disposición normativa que exige que la madre genética y la gestante sean la misma persona tiene carácter de orden público, al buscar la protección de intereses colectivos (Espinoza, 2015, pp. 97-98). Por tanto, la cesión de óvulos cuestiona la validez de interpretaciones literales que prohíban tales prácticas basándose únicamente en la diferencia entre madre genética y gestante. Esto resalta lo vital de adoptar un enfoque constitucional que respete la igualdad de género y reconozca el carácter de orden público de la norma.

En primer lugar, se explorará el argumento teleológico, que se centra en la finalidad y el propósito de la maternidad. Aquí se analizarán las críticas que sugieren que la maternidad subrogada distorsiona o degrada el valor inherente a la naturaleza de la maternidad. Se evaluará si este tipo de procedimientos afecta la dignidad de las personas involucradas, sobre todo de la mujer subrogada y si su existencia se alinea o no con los valores éticos fundamentales de la sociedad.

En segundo lugar, se discutirá las implicaciones éticas y legales relacionadas con los derechos del sujeto por nacer. Se examinarán las preocupaciones sobre cómo la maternidad subrogada podría afectar al futuro niño, incluyendo posibles conflictos de intereses entre los deseos de los padres comitentes y los derechos del menor. Se explorará si la práctica implica una venta de bebés y si, durante este proceso, se garantiza adecuadamente el bienestar y los derechos del sujeto por nacer.

En tercer lugar, se analizará la cuestión de si la mujer gestante puede ejercer su libertad de manera efectiva en el contexto de la maternidad subrogada. Se debatirán los posibles factores coercitivos o de vulnerabilidad que podrían limitar su capacidad para tomar decisiones autónomas y si las condiciones en las que se toman estas decisiones son equitativas y justas.

En cuarto lugar, se evaluará el argumento de que la maternidad subrogada podría ser considerada una forma de "explotación mutuamente ventajosa" para ambas partes. Se analizarán las condiciones que harían que esta práctica sea ética o no, así como el rol de las agencias de reproducción. Se discutirá la complejidad de este concepto y cómo se puede equilibrar la protección de las mujeres frente a la explotación con su derecho a participar voluntariamente en estos acuerdos.

Finalmente, se discutirá el impacto simbólico de la subrogación en la sociedad. Aquí se examinarán las implicaciones culturales y sociales de aceptar esta práctica, y si contribuye a reforzar o a desafiar las normas y valores sociales sobre la maternidad, la familia y los estereotipos de género. Se considerará si el impacto simbólico podría tener efectos perjudiciales a largo plazo sobre todo en la mujer.

A lo largo de este análisis, se evaluarán estas críticas con el propósito de ofrecer una perspectiva imparcial y bien fundamentada desde un enfoque bioético jurídico. Se explicarán las complejidades y matices que cada argumento presenta, así confirmar

o refutar las objeciones planteadas. Al concluir este análisis, se proporciona una visión integral sobre la gestación por sustitución, identificando los riesgos y los potenciales beneficios, con el fin de contribuir de manera constructiva al debate ético y jurídico constitucional. De este modo, se sentarán las bases necesarias para proporcionar las herramientas clave para su tratamiento, lo que será abordado en detalle en la última sección del capítulo.

II.I. Argumento teleológico sobre la maternidad subrogada

El argumento teleológico sobre la maternidad subrogada se centra en la concepción de que ciertas prácticas y bienes sociales tienen propósitos intrínsecos que deben respetarse, y que la comercialización de estos puede llevar a su degradación. Este enfoque analiza la gestación subrogada desde la perspectiva de los fines y propósitos inherentes a la maternidad y al embarazo.

El argumento teleológico sugiere que el propósito natural del embarazo es fomentar un vínculo emocional entre la madre y el niño. Elizabeth Anderson sostiene que la gestación subrogada comercial interfiere con este fin al exigir que la madre gestante suprima cualquier apego emocional hacia el bebé que está gestando. Esto, según la autora, convierte el trabajo de las mujeres en una forma de labor alienada¹¹³, desviándolo de su propósito intrínseco (1990, p. 81).

En este sentido, la autora señala que un contrato exige que la madre participe en un trabajo emocional que contradice el propósito del embarazo. El acuerdo de subrogación obliga a la madre gestante a comprometerse a no formar ni intentar formar una relación madre-hijo con el bebé (Anderson, 1990, p. 82). Así, el contrato reemplaza la forma tradicional de maternidad –existencia de un vínculo amoroso–, por una dinámica propia de una transacción comercial, que evita cualquier conexión emocional con el concebido, tratándolo como un "producto" de la negociación.

¹¹³ Según Anderson, la legalización de los acuerdos de gestación mercantiliza aún más el cuerpo femenino y su trabajo como reproductora, lo que contribuye a la degradación moral impulsada por el capitalismo. Este proceso convierte a la mujer en un claro ejemplo de alienación laboral. Anderson basa su análisis en el concepto de alienación marxista, que se caracteriza por la separación del trabajador de los frutos de su labor, la deshumanización del trabajo en sí, la producción de bienes que no responden a las necesidades reales de las personas, y la sustitución de la cooperación humana por relaciones de consumo. En este caso, la alienación afecta exclusivamente a las mujeres, es una alienación de género en lugar de clase (Marx, 1975, como se citó en Carrio, 2021, p. 40).

Michael Sandel, basándose en el planteamiento de Anderson, argumenta que la comercialización de la subrogación degrada tanto a las mujeres como a los niños al tratarlos como mercancías. Por lo que presenta dos objeciones importantes¹¹⁴: establece que el consentimiento informado es viciado y que existe una degradación adicional a la consideración de los bienes superiores (Sandel, 2012, p. 62). En la evaluación de la presente problemática, nos enfocamos en la segunda de estas. Esta perspectiva sostiene que existen bienes y prácticas sociales que no deberían ser valorados únicamente en términos económicos, ya que poseen un valor intrínseco que trasciende lo meramente utilitario, son valores superiores¹¹⁵.

El argumento teleológico también aborda la cuestión de las normas apropiadas para diferentes prácticas sociales. Anderson sugiere que las normas parentales que tradicionalmente rigen el embarazo son reemplazadas por normas comerciales en el contexto de la gestación subrogada (1990, p. 76). Esto, según la autora, no solo degrada el proceso de gestación, sino que también expone a las mujeres a la explotación. Sandel profundiza en este planteamiento, proponiendo que, para comprender las normas apropiadas para las prácticas sociales, debemos examinar el propósito característico de estas prácticas (2012, p. 63). Esta aproximación, que tiene sus raíces en la teoría de la justicia de Aristóteles, sugiere que no todos los bienes y prácticas sociales deberían regirse por las normas del mercado¹¹⁶.

Otro de los puntos centrales es la visión que la percibe como una práctica contraria a la naturaleza, lo que Debra Satz denomina la “tesis esencialista”. Esta postura sostiene que el trabajo reproductivo es cualitativamente distinto al trabajo humano en general por sus características biológicas, lo que amerita un respeto especial. La autora refuta cuatro argumentos clave en apoyo de esta tesis (2015, pp. 161-162):

¹¹⁴ Para Sandel, la defensa del contrato de subrogación se fundamenta en dos teorías de la justicia: el libertarismo y el utilitarismo. Desde el liberalismo, los contratos son una expresión de la libertad individual, ya que respetan el derecho de dos adultos a tomar decisiones autónomas basadas en su consentimiento. El enfoque utilitarista sostiene que los contratos promueven el bienestar general, dado que ambas partes solo aceptan el acuerdo si creen obtener algún beneficio de él. Por tanto, mientras el contrato no disminuya el bienestar más de lo que beneficia a las partes, los intercambios mutuamente ventajosos deben ser válidos (Sandel, 2012, p. 61). Frente a estas posturas, plantea sus objeciones.

¹¹⁵ Para algunos autores, tanto el argumento de la alienación desarrollado por Anderson, como el de objeción de la mercantilización de Sandel, presentan una pretensión limitada ya que impugnan las condiciones pero no se oponen formalmente a estos acuerdos de gestación (Carrio, 2021, p. 42).

¹¹⁶ Esta cuestión nos lleva al análisis realizado en el segundo capítulo sobre los mercados nocivos, en el que evidencí cómo la subrogación puede considerarse como un mercado de naturaleza nociva.

- Primero, se argumenta que el trabajo reproductivo implica un componente genético y gestacional, algo único en comparación con otras formas de trabajo. Sin embargo, Satz señala que los hombres también tienen vínculos genéticos con sus hijos y no se oponen a la comercialización de esperma.
- Segundo, se sugiere que el proceso reproductivo es involuntario, ya que fenómenos como la ovulación, la gestación y el nacimiento ocurren sin una dirección consciente de la mujer. Como respuesta, compara esto con otros trabajos, como la producción en serie, donde los trabajadores tampoco tienen control total sobre el proceso.
- Tercero, se señala que el trabajo reproductivo abarca un período prolongado de aproximadamente nueve meses, lo que lo distingue de otros trabajos. Satz responde que existen contratos laborales con una duración aún mayor, como los contratos editoriales o el servicio militar, compromisos de largo plazo que, al igual que el embarazo, no pueden ser abandonados de inmediato.
- Cuarto, se argumenta que el embarazo impone importantes restricciones en el comportamiento de la mujer, lo cual no sucede en la mayoría de los trabajos. Frente a ello, rebate mencionando que en profesiones como el deporte o el servicio militar, los trabajadores también enfrentan limitaciones sobre su dieta, comportamiento e incluso están sujetos a pruebas periódicas.

Por lo tanto, aunque estos argumentos buscan diferenciar el trabajo reproductivo de otras formas de trabajo, Satz advierte que no se desarrollan fundamentos esencialistas para oponerse a otras profesiones con características similares. De este modo, queda evidenciada la diferenciación intencional del trabajo reproductivo, pone de manifiesto la parcialidad con la que pueden emplearse dichos argumentos¹¹⁷.

Igareda, ahonda en esta teoría, señalando que existe una creencia arraigada en la sociedad sobre un supuesto instinto maternal inherente a todas las mujeres, que las predispone naturalmente hacia la maternidad y el cuidado de los hijos¹¹⁸. Esta visión

¹¹⁷ La autora reconoce que la sexualidad y la reproducción merecen cierto tipo de respeto, no obstante, sostiene que esta consideración no implica necesariamente que el trabajo reproductivo no pueda ser comercializado. Satz critica la preservación acrítica de valores culturales que, según ella, pueden reflejar intentos de controlar a las mujeres y su sexualidad. En este sentido, reconoce que un argumento a favor de la subrogación se basa en el empoderamiento de la mujer, ya que le permite tomar sus decisiones sobre su cuerpo y sus capacidades reproductivas (Satz, 2015, p. 164).

¹¹⁸ Esta concepción ha sido sustentada por teorías como la teoría del apego desarrollada por psicólogos, que destaca el vínculo único y especial entre la madre y el bebé. Esta teoría ha servido para legitimar ciertas prácticas de crianza, como la maternidad intensiva, una ideología dominante hoy.

esencialista de la biología femenina (correspondiente al binomio mujer-madre) ha sido cuestionada por el pensamiento feminista, que argumenta que tales nociones, son construcciones sociales más que realidades biológicas (2021, p. 24). De manera que, el carácter sagrado relacionado con el útero de la mujer, así como a sus frutos, en realidad imparten el pensamiento de que la voluntad y consentimiento de toda mujer está por debajo de su función reproductora y el rol maternal.

En consecuencia, el argumento teleológico de Anderson y Sandel sostiene que la maternidad subrogada degrada el valor y propósito natural de la maternidad al mercantilarla. No obstante, desde la bioética de mínimos¹¹⁹, este argumento resulta cuestionable, pues omite otras consideraciones éticas relevantes.

En primer lugar, se presenta un versus entre el pluralismo moral y la visión única de la maternidad, la bioética de mínimos, como lo plantean De Lora y Gascón, enfatiza la importancia del pluralismo moral en sociedades diversas. Desde esta óptica, el argumento teleológico puede ser cuestionado por imponer una visión única y potencialmente restrictiva de la maternidad y la procreación¹²⁰. En una sociedad pluralista como la peruana, las concepciones de familia, maternidad y procreación son diversas y cambiantes. Por lo que, la imposición de una visión teleológica única podría infringir el respeto a la diversidad moral y cultural¹²¹.

En segundo lugar, se cuestiona la rigidez conceptual del argumento teleológico, que contrasta con la flexibilidad propuesta por la bioética de mínimos, que busca adaptarse a las nuevas realidades sociales y tecnológicas. El enfoque de Anderson y Sandel puede ser considerado demasiado rígido frente a las cambiantes

Esta concepción sugiere que las madres deben invertir una gran cantidad de tiempo, dinero y esfuerzo en el cuidado y la educación de sus hijos. A las madres se les atribuyen características como una capacidad de sacrificio superior, entrega incondicional y un amor materno excepcional, capaz de soportar cualquier adversidad para garantizar el bienestar y desarrollo de sus hijos (Igareda, 2021, p. 23).

¹¹⁹ Para la revisión de un análisis detallado sobre la bioética de mínimos, se recomienda consultar la sección titulada: "*II.1. Bioética de mínimos y bioética de máximos*", ubicada en el segundo capítulo.

¹²⁰ Al respecto se debe considerar que, el deseo de ser madre no es puramente biológico, sino una construcción social y cultural que trasciende la reproducción. Aunque puede existir un instinto maternal, la sociedad influye en cómo se concibe y ejerce la función materna. Ferro distingue entre el deseo prematernal (querer tener hijos) y el posmaternal (el vínculo que se desarrolla tras la concepción o adopción), lo que demuestra que la maternidad no se reduce a la biología (Marrades, 2002, p. 24).

¹²¹ Ello también se encuentra relacionado con el esencialismo, que será ahondando con detenimiento en el "*Argumento sobre el impacto simbólico de la maternidad subrogada*", de la siguiente sección.

concepciones de familia y reproducción¹²². Los avances en tecnología reproductiva y los cambios en las estructuras familiares requieren un marco ético que pueda evolucionar, lo que hace que el enfoque teleológico pueda resultar inadecuado para abordar estas nuevas realidades.

En tercer lugar, el pragmatismo de la bioética de mínimos también contrasta con el idealismo implícito en el argumento teleológico. Mientras que este último se basa en concepciones abstractas del propósito de la maternidad, la bioética de mínimos busca soluciones prácticas a dilemas éticos concretos, permitiendo una evaluación caso por caso de la maternidad subrogada. Este enfoque pragmático puede ser más adecuado para abordar las complejidades de casos individuales.

En cuarto lugar, un aspecto a estimar en este debate es la consideración del paternalismo blando¹²³, que busca guiar las decisiones sin eliminar la libertad de elección, pues ofrece una alternativa al enfoque prohibicionista que podría derivarse del argumento teleológico. Este enfoque permite que los individuos tomen decisiones informadas mientras se implementan salvaguardas para proteger sus intereses¹²⁴. En este sentido, en lugar de prohibir la subrogación basándose en argumentos sobre su propósito intrínseco, la bioética de mínimos tiende a favorecer la regulación sobre la prohibición total. Se podría argumentar a favor de una regulación cuidadosa que proteja los derechos y el bienestar de todas las partes involucradas, en lugar de una prohibición basada en argumentos teleológicos.

En conclusión, mientras que el argumento teleológico ofrece especial atención sobre el valor y propósito de la maternidad, la perspectiva de la bioética de mínimos proporciona un marco más flexible y pragmático. Con ello, también es posible

¹²² Dado que la maternidad no se reduce al acto biológico de la reproducción, sino que implica una dimensión social, cultural y ética que trasciende la gestación y el parto, es fundamental reconocer que el “derecho” a la maternidad constituye una expresión de la libertad y el desarrollo de la personalidad. Así, su significado dependerá de cada persona y del contexto sociocultural en el que se inscriba. En consecuencia, la maternidad no se limita a la capacidad de concebir, sino que supone el compromiso de criar y acompañar a un nuevo ser humano. Reducirla a la reproducción ignora que lo esencial en la formación de un sujeto es su entorno. Así, la maternidad por adopción u otras vías no biológicas es igualmente válida, ya que lo que la define es la responsabilidad en la crianza y el bienestar del hijo o hija, y no únicamente el hecho de haberlo engendrado (Marrades, 2002, p. 28).

¹²³ Para la revisión de un análisis detallado sobre el paternalismo propuesto, se recomienda consultar la sección titulada: “II.II.II.III. Paternalismo: ¿Un enfoque imprescindible?”, ubicada en el segundo capítulo.

¹²⁴ En este punto, el principio del consentimiento informado, es vital en la bioética contemporánea, pues enfatiza la importancia de proporcionar información completa y comprensible a los individuos involucrados en la toma de decisiones en materia reproductiva.

rechazar el esencialismo presente en la biología femenina, que describen Igareda y Satz –que será abordada en el *“argumento sobre el impacto simbólico de la maternidad subrogada”*–, lo que es importante al ser una realidad imperante y aún fuertemente arraigada en nuestra sociedad. Este enfoque bioético permite un equilibrio entre el respeto a la autonomía individual, la protección contra la explotación, y la adaptabilidad a las cambiantes realidades sociales y tecnológicas.

II.II. Argumento sobre las implicancias de los derechos del sujeto por nacer

El argumento sobre las implicancias de los derechos del sujeto por nacer en el contexto de la maternidad subrogada plantea importantes cuestiones éticas y legales que merecen un análisis detallado. Este debate se centra en cómo los acuerdos de gestación subrogada pueden afectar los derechos y el bienestar del niño que aún no ha nacido, considerando las complejidades que surgen cuando se separa la gestación de la intención parental.

En principio, algunos críticos argumentan que la subrogación podría potencialmente cosificar al concebido, tratándolo como un objeto de transacción más que como un sujeto de derechos¹²⁵. Esta preocupación se basa en la idea de que estos acuerdos podrían priorizar los deseos de los adultos por encima del bienestar del niño (Anderson, 1990, p. 77; Sandel, 2012). A pesar de ello, Sarah Carracedo señala que el ser humano nacido en cumplimiento de un contrato de gestación por sustitución es titular de derechos humanos y en ningún caso podría ser tratado como un objeto de propiedad (2015, p. 235). Desvirtuando, de este modo, esta concepción.

A pesar de ello, esta situación podría plantear la idea de que el contrato de subrogación implica la venta de bebés, en un razonamiento que adopta la forma de un silogismo¹²⁶: vender bebés es ilegal, el contrato de gestación subrogada equivale a una venta de bebés, por lo tanto, es ilegal. No obstante, Satz sostiene que este argumento es falaz, pues el contrato no otorga derechos absolutos de propiedad

¹²⁵ Constitución: “...El concebido es sujeto de derecho en todo cuanto le favorece” (Art. 2, inciso 1).

¹²⁶ Es esencial destacar que la validez de la lógica proposicional no garantiza la veracidad de sus premisas. La validez del razonamiento solo asegura que la conclusión sigue lógicamente de las premisas, pero no evalúa si estas son verdaderas (Sotomayor, 2021, p. 35). Confundir validez con veracidad puede llevar a cometer falacias, como la de falsa analogía, que compara situaciones que no son realmente equivalentes, o la falacia de reducción al absurdo, que exagera una premisa para presentarla como absurda o irracional.

sobre el menor, lo que impide que sea considerado como una mercancía (2015, p. 169). Los padres intencionales no tienen el derecho de destruir o abandonarlo, ya que, al igual que cualquier otro padre biológico o adoptivo, están sujetos a las mismas normas y leyes que regulan la paternidad. El hecho de que un niño haya nacido mediante esta práctica no implica, per se, que su dignidad esté afectada.

Consecuentemente, una de las principales preocupaciones que se plantean es la posible vulneración de la dignidad del no nacido. Sin embargo, es importante considerar esta afirmación en relación al estatuto jurídico del no nacido. Como señala Carracedo, aunque el sujeto por nacer es considerado sujeto de derecho en algunas legislaciones, como la peruana, su protección jurídica es gradual y aumenta según su desarrollo biológico. Por lo tanto, equiparar su estatuto jurídico al de una persona nacida no sería adecuado (2015, p. 235). En este sentido, el debate debería centrarse en ponderar la protección progresiva del no nacido frente a los derechos fundamentales de los participantes en la maternidad subrogada, como el derecho a la salud, los derechos reproductivos, entre otros.

Adicionalmente, otro aspecto fundamental de este argumento es la consideración del interés superior del niño, un principio rector en el derecho internacional y en muchas legislaciones nacionales. Este principio busca asegurar que todas las decisiones que involucren a un menor se tomen con el objetivo primordial de proteger su bienestar¹²⁷. En la maternidad subrogada, surge la pregunta de cómo determinar y proteger este interés superior cuando el menor es concebido bajo un acuerdo que implica múltiples partes con diferentes roles y expectativas¹²⁸. Este escenario puede generarle conflictos emocionales o situaciones contradictorias.

¹²⁷ La Observación General N° 14 (2013) de la CDN, establece que el objetivo de este principio es "garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos en la Convención y el desarrollo integral del niño" (párr. 4). Además, se reconoce que el interés superior del niño tiene tres dimensiones clave: (i) es un derecho sustantivo, ser considerado de manera autónoma en cualquier proceso que lo involucre; (ii) es un principio jurídico interpretativo fundamental, permitiendo que se utilice para interpretar otras disposiciones legales; y (iii) es una norma de procedimiento, lo que exige que en cualquier decisión que afecte al niño, su interés superior sea evaluado y debidamente tomado en cuenta (párr. 6). Este principio ha sido ampliamente desarrollado tanto a nivel internacional, como se refleja en los análisis de marcos normativos y casos globales desarrollados en el primer capítulo, como en el ámbito nacional, siendo utilizado en la jurisprudencia peruana para proteger a los menores en casos de maternidad subrogada, también discutidos en el primer capítulo de la tesis.

¹²⁸ La multiplicidad de actores presentes en todo el procedimiento, pero sobre todo en el rol materno, exige que se realice una evaluación detenida y exhaustiva sobre sus problemáticas e implicancias.

Los defensores de la maternidad subrogada argumentan que esta situación es análoga a la adopción, donde también intervienen varias personas con intereses distintos, y a pesar de los desafíos que presenta, no se prohíbe debido a los beneficios que ofrece. En ese sentido, se sostiene que, al igual que la adopción, los beneficios de la subrogación superan los posibles riesgos o costos asociados (Bullard, 1995, p. 61). Desde la bioética, dos principios resultan esenciales para este análisis: el principio de beneficencia y el de no maleficencia.

Desde el principio de beneficencia¹²⁹, que implica la obligación moral de actuar en beneficio de otros, la maternidad subrogada podría justificarse si se considera que proporciona un beneficio significativo tanto para los padres intencionales como para el concebido. Este principio exigiría que se considere el bienestar integral del menor. Por su parte, el principio de no maleficencia¹³⁰, que se centra en evitar causar daño, subraya la importancia de implementar salvaguardas que minimicen cualquier daño potencial. Desde este principio, se buscará que se cumplan con protocolos que garanticen el bienestar físico y emocional de todas las partes, sobre todo del menor y la gestante subrogada. Así, la subrogación no tendría que ser considerada dañina.

La interacción entre estos dos principios sugiere que la subrogación podría ser éticamente aceptable si se pueden maximizar los beneficios y minimizar los riesgos. Entonces, la clave radica en un marco ético y legal que priorice el bienestar del niño, proteja adecuadamente sus derechos, y proporcione las salvaguardas necesarias para minimizar los posibles daños. Este enfoque permitiría aprovechar los potenciales beneficios de la maternidad subrogada mientras se abordan de manera proactiva las preocupaciones éticas asociadas con esta práctica.

Respecto del proceso a seguir, ante la falta de regulación sobre temas como la filiación, los interesados recurren a vías como la adopción excepcional¹³¹ o la acción

¹²⁹ Para la revisión de un análisis detallado sobre la beneficencia, se recomienda consultar la sección titulada: "*II.II.II.II. Principio de beneficencia*", ubicada en el segundo capítulo.

¹³⁰ Para la revisión de un análisis detallado sobre la no maleficencia, se recomienda consultar la sección titulada: "*II.II.II.I. Principio de no maleficencia*", ubicada en el segundo capítulo.

¹³¹ Regulada en el artículo 128 del Código de los Niños y Adolescentes: "En vía de excepción, podrán iniciar acción judicial de adopción ante el juzgado especializado, los peticionarios siguientes: a) El que posee vínculo matrimonial con el padre o madre del niño o adolescente por adoptar. En este caso, el niño o adolescente mantiene los vínculos de filiación con el padre o madre biológicos; y, b) El que posea vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el niño o adolescente pasible de adopción".

de amparo¹³² (Beltrán, 2021). Así también, según el análisis de la jurisprudencia, se evidencia una tendencia que prioriza el interés superior del menor, asegurando la protección de sus derechos. De este modo, se debe garantizar la protección de sus derechos con el fin de prevenir posibles situaciones de riesgo que puedan vulnerar su bienestar. Algunas de estas situaciones pueden ser las siguientes:

- La duda sobre el bienestar del niño en caso de circunstancias imprevistas, como la separación o fallecimiento de los padres intencionales antes del nacimiento, o su posible decisión de no continuar con el acuerdo de subrogación. Estas eventualidades dejan al menor en una situación de vulnerabilidad, tanto legal como emocional.
- Las preocupaciones adicionales respecto a si los padres de intención poseen las capacidades y características idóneas necesarias para cuidar del menor¹³³.
- La inquietud de que, en situaciones extremas, la subrogación podría ser utilizada como una forma de tráfico de niños. Lo que resalta la importancia de implementar salvaguardas legales estrictas que eviten cualquier tipo de explotación, garantizando que la práctica esté completamente regulada y supervisada.
- La incertidumbre sobre los orígenes genéticos y/o gestacionales del menor, se reconoce que el conocimiento de su procedencia puede ser esencial para su desarrollo psicológico y es parte de su derecho a la identidad. Sin embargo,

¹³² Es una garantía constitucional reconocida en el artículo 200, inciso 2, de la Constitución, que señala que, “procede contra el hecho u omisión, por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona, que vulnera o amenaza los demás derechos reconocidos por la Constitución, con excepción de los señalados en el inciso siguiente. No procede contra normas legales ni contra Resoluciones Judiciales emanadas de procedimiento regular”.

¹³³ Es importante destacar que, aunque se pueda plantear la posibilidad de que los futuros padres en un proceso de maternidad subrogada no sean adecuados, es factible establecer mecanismos que evalúen sus capacidades y características, similar a los procedimientos aplicados en la adopción, para determinar su idoneidad como padres. No obstante, es difícil garantizar completamente que los padres actuarán de manera correcta, del mismo modo que no se puede asegurar que todos los padres biológicos cumplirán con sus deberes. Existen padres naturales que son negligentes, que maltratan o abusan de sus hijos, o que no disponen de los medios económicos para educarlos adecuadamente. La diferencia radica en que, en el caso de los padres biológicos, el Estado interviene después del nacimiento, sancionando solo cuando se comprueban los abusos. En cambio, en los casos de maternidad subrogada, el Estado busca implementar un control previo, a pesar de que los posibles problemas y consecuencias sean similares en ambos contextos (Bullard, 1995, p. 61).

este derecho podría entrar en conflicto con el anonimato o los deseos de privacidad de las partes involucradas en el acuerdo de subrogación¹³⁴.

En consecuencia, el análisis de la gestación por sustitución a través de los principios de beneficencia y no maleficencia revela que, si bien esta práctica puede ofrecer beneficios significativos, también conlleva riesgos que deben ser cuidadosamente gestionados. Por tanto, se deben abordar todas aquellas implicancias que puedan surgir de estas técnicas de reproducción, más allá del debate sobre su regulación¹³⁵.

Ahora bien, específicamente en el caso peruano, la cuestión de la nacionalidad y los derechos de ciudadanía del menor nacido por subrogación también han sido un tema de preocupación debido a los casos de subrogación internacional. En este escenario, pueden surgir situaciones complejas donde el niño corre el riesgo de quedar apátrida o enfrentar dificultades para establecer su estatus legal en el país de residencia de sus padres intencionales. Este fue el caso de Ricardo Morán, desarrollado en el primer capítulo, quien después de un largo y tedioso proceso judicial logró la inscripción de sus dos menores hijos.

Por último, se ha planteado frecuentemente como un argumento en contra de la maternidad subrogada que las personas deberían optar por la adopción en lugar de recurrir a estas técnicas. Sin embargo, Florencia Luna ofrece una respuesta clara al respecto, considera que la adopción debería ser considerada una acción supererogatoria que todos podríamos realizar, no solo aquellos que no pueden tener hijos de manera natural (Luna y Buedo, 2021c). Desde este punto, la adopción no

¹³⁴ El anonimato de los donantes es un tema polémico que requiere atención urgente. Con los avances y la creciente popularización de las pruebas de ADN, mantener el secreto sobre la identidad de los donantes se percibe como una práctica que podría considerarse obsoleta y susceptible de revisión. Varios países han cuestionado estas políticas y han optado por favorecer el acceso a información veraz, rechazando el anonimato. Por ejemplo, Suecia (1985), Austria (1992), los Países Bajos (2004), el Reino Unido (2006), entre otros, han implementado legislaciones que permiten a los descendientes conocer la identidad de los donantes. Por el contrario, Noruega (1987) y España (1996) han legislado a favor del anonimato (Luna, 2008, p. 41). En consecuencia, abordar este tema es imperioso, pues los niños nacidos a través de estas técnicas inevitablemente se enfrentarán a la realidad de sus orígenes.

¹³⁵ Es crucial abordar los problemas específicos de las técnicas de reproducción asistida, como evitar embarazos múltiples, garantizar a los niños nacidos el acceso a su identidad y regular la veracidad de la información. Determinar si, en el caso de la donación de óvulos, las mujeres suelen mostrarse más dispuestas a compartir esta información en comparación con los varones, etc. Estas cuestiones tienen mayor relevancia que un debate genérico sobre la aceptación o rechazo de estas técnicas.

sería un argumento válido, ya que se trata de una opción que beneficia a la sociedad en su conjunto y no debería limitarse a un grupo específico de personas.

En conclusión, el argumento sobre las implicancias de los derechos del sujeto por nacer en el contexto de la maternidad subrogada requiere un enfoque que considere tanto la protección gradual del no nacido como los derechos fundamentales de todas las partes involucradas. Asimismo, es esencial reconocer que existen diversas problemáticas que deben ser atendidas en el sistema de justicia, como su derecho a la identidad, la filiación, entre otras. Por lo que, se evidencia que existen cuestiones prácticas que deben tener prioridad antes que un debate genérico sobre la aceptación o prohibición de la subrogación. Finalmente, se reafirma que en estos casos debe priorizarse el interés superior del niño, garantizando su bienestar.

II.III. Argumento sobre la libertad efectiva de la mujer gestante

El argumento sobre la libertad efectiva de la mujer gestante en el contexto de subrogación es un tema complejo que requiere un análisis multidimensional, considerando principios bioéticos y conceptos sociológicos. Este debate se centra en la tensión entre la autonomía individual y las influencias sociales, económicas y culturales que pueden afectar la capacidad de elección de las mujeres que participan como gestantes. Por lo tanto, se plantea un punto crucial de análisis en los casos de subrogación: la posible instrumentalización de la mujer en estos procedimientos, frente a su libertad de autodeterminación.

Específicamente, esta problemática gira en torno a dos posturas principales. Por un lado, que esta práctica instrumentaliza a las mujeres, especialmente aquellas en condiciones socioeconómicas vulnerables, transformándolas en medios para satisfacer los deseos de paternidad de otros, lo que suscita preocupaciones sobre explotación y dignidad. Por otro lado, el principio de autodeterminación argumenta que las mujeres tienen el derecho de decidir sobre sus propios cuerpos, incluyendo la opción de participar en la subrogación, siempre y cuando se respeten sus derechos y se garanticen protecciones adecuadas.

Así las cosas, este panorama evidencia lo crucial de reconocer la situación particular de cada subrogante, lo que hace evidente la necesidad de realizar un análisis individualizado en cada caso. Este análisis se enfoca en cómo diversos factores

influyen en la capacidad real de elección de las mujeres que participan como gestantes, considerando perspectivas como la autonomía relacional y la interseccionalidad. En las siguientes líneas evaluaré la influencia de estos factores y la relación de los principios de autonomía y justicia, para finalmente evidenciar que es importante regular esta situación para evitar su desprotección y potencial abuso.

II.III.I. Autonomía y autonomía relacional: un análisis desde la bioética y el feminismo

El principio de autonomía y su concepción relacional tienen un rol fundamental en el debate sobre la maternidad subrogada, particularmente en lo que respecta a la libertad efectiva de la mujer gestante¹³⁶. Este análisis evalúa cómo estos conceptos se aplican en el contexto de la maternidad subrogada, considerando las perspectivas bioéticas y feministas. El principio de autonomía¹³⁷, como lo describen Beauchamp y Childress (2013), establece que los individuos deben ser reconocidos como seres capaces de tomar decisiones basadas en sus propios valores y creencias. Esto implicaría respetar la decisión de una mujer de actuar como gestante, como expresión de su autonomía, siempre que esta elección cumpla con los criterios de intencionalidad, comprensión y ausencia de control externo.

En la maternidad subrogada, la intencionalidad implica que la mujer toma la decisión de manera planificada y consciente, considerando los resultados previstos, aunque algunos puedan no ser deseados. Es importante notar que la motivación, ya sea económica o altruista, no necesariamente compromete la intencionalidad de la acción. Por tanto, la intencionalidad generalmente se cumple, ya que es una decisión que requiere, precisamente, de una planificación y acción deliberada.

La comprensión, por su parte, exige que la mujer tenga un entendimiento sustancial de lo que implica ser madre subrogada, incluyendo los riesgos médicos, las implicaciones emocionales y las consecuencias legales. Este aspecto puede verse comprometido por diversos factores como la falta de información adecuada, barreras de comunicación (diferencias culturales o lingüísticas), presiones temporales para

¹³⁶ Como se ha señalado previamente en la caracterización de la maternidad subrogada, las técnicas de reproducción asistida permiten una clara disociación entre la sexualidad y la reproducción, esto hace posible que las mujeres puedan ejercer la maternidad sin establecer un vínculo con los hombres.

¹³⁷ Para la revisión de un análisis más detallado sobre la autonomía, se recomienda consultar la sección titulada: "II.III.I. El principio de autonomía", ubicada en el segundo capítulo.

tomar la decisión, o el nivel educativo o de madurez de la mujer. Entonces, la comprensión puede ser problemática si no se proporciona información completa y clara sobre todos los aspectos del proceso, el principio de información es determinante en este punto. Es crucial asegurar que la mujer entienda plenamente las implicaciones a corto y largo plazo, para garantizar la autonomía en la decisión.

La ausencia de influencias controladoras es quizás el aspecto más complejo en la subrogación. Las presiones económicas, especialmente en países en desarrollo, pueden ser tan fuertes que comprometan la voluntariedad de la decisión. Además, las presiones familiares o sociales, así como la posible manipulación por parte de agencias de subrogación o padres de intención, son factores que deben considerarse. De manera que, verificar este criterio es el punto más desafiante.

Beauchamp y Childress reconocen que las decisiones rara vez son completamente autónomas, lo cual permite una aplicación más flexible y práctica del principio de autonomía en este contexto. Sin embargo, es importante esforzarse por cumplir con estos criterios en la mayor medida posible. El respeto a la autonomía va más allá de la no interferencia; implica acciones activas para reconocer y apoyar el derecho de las mujeres a tomar decisiones basadas en sus propios ideales¹³⁸.

La evaluación de la libertad efectiva en la maternidad subrogada debe realizarse caso por caso, considerando el contexto específico de cada mujer. Mientras que la intencionalidad suele cumplirse, la comprensión y la ausencia de influencias controladoras pueden ser problemáticas y requieren una atención especial. El equilibrio entre el respeto por la autodeterminación individual y las realidades prácticas que influyen en la toma de decisiones en este ámbito es delicado y complejo. Por ello, resulta fundamental reconocer y considerar la perspectiva relacional en un análisis del principio de autonomía en casos de subrogación.

El concepto de autonomía relacional¹³⁹, influenciado por la teoría feminista, nos insta a considerar cómo las relaciones sociales y los contextos culturales influyen en la

¹³⁸ En este sentido, se comprende que, para respetar la autonomía en este contexto, se requieren tanto acciones negativas (evitar coerción) como positivas (proporcionar información completa, asegurar la comprensión, y crear un ambiente que permita una decisión verdaderamente libre).

¹³⁹ Para la revisión de un análisis más detallado sobre la autonomía relacional, que incluye el análisis de las posturas feministas, consultar la sección titulada: "II.II.II. La autonomía relacional en bioética: Una perspectiva feminista", ubicada en el segundo capítulo.

toma de decisiones. Como señalan McLeod y Sherwin (2000), es crucial reconocer las fuerzas de opresión que pueden comprometer la capacidad de un agente para actuar autónomamente, incluyendo factores como el sexismo, el racismo y otras formas de discriminación sistémica. Este enfoque reconoce que las decisiones no se toman en un vacío, sino que están moldeadas por factores externos como las expectativas sociales, las presiones económicas y las dinámicas de poder.

Las diferentes corrientes feministas ofrecen panoramas diversos sobre este tema. Desde su perspectiva liberal, se podría argumentar a favor de la libertad de las mujeres para participar en la subrogación como una expresión de su autonomía reproductiva. Este enfoque, representado por autoras como Laura Purdy, enfatiza la importancia de la elección informada y rechaza el paternalismo que busca "proteger" a las mujeres de sus propias decisiones. Sin embargo, esta posición ha sido criticada por no considerar adecuadamente los factores sociales que influyen en la disponibilidad de opciones y por asumir que todas las mujeres están igualmente posicionadas para tomar decisiones sobre su salud.

En contraste, el feminismo radical en bioética ofrece una crítica más profunda. Este enfoque argumenta que la capacidad reproductiva de las mujeres ha sido históricamente una fuente de opresión bajo el patriarcado. Desde esta perspectiva, las decisiones aparentemente autónomas sobre la reproducción, incluyendo la maternidad subrogada, podrían no ser realmente autónomas debido a los contextos opresivos en los que se toman. Esta visión sugiere que hasta que las mujeres no ganen control sobre las tecnologías reproductivas y se rompa el vínculo entre ser mujer y tener un estatus social inferior debido a sus capacidades reproductivas, prácticas como la maternidad subrogada podrían ser consideradas explotadoras.

El feminismo cultural en bioética, por su parte, enfatiza la importancia de las relaciones de cuidado y la interconexión entre las personas. Este enfoque podría ver la maternidad subrogada desde la perspectiva de cómo afecta las relaciones de cuidado y las responsabilidades asociadas. Sin embargo, también reconocería la necesidad de una explicación crítica de la opresión para complementar cualquier análisis basado en el cuidado.

En consecuencia, es importante reconocer que desde el feminismo se presentan perspectivas divergentes sobre este tema. Mientras que algunas feministas liberales apoyan la maternidad subrogada como una expresión de la autonomía de la mujer, las feministas radicales ven en esta práctica una forma de explotación que perpetúa el rol reproductivo de la mujer.

La evaluación de la libertad efectiva de la mujer en el caso de la maternidad subrogada no puede limitarse simplemente en términos de elección individual. Requiere un análisis profundo de los contextos sociales, económicos y culturales en los que se toman estas decisiones. La autonomía relacional nos insta a considerar cómo las estructuras sociales y las relaciones de poder influyen en la capacidad de las mujeres para tomar decisiones verdaderamente autónomas. Además, nos recuerda que abordar la libertad efectiva en este contexto puede requerir cambios más amplios en las condiciones sociales que constituyen la opresión, más allá de simplemente ampliar las opciones ofrecidas a las mujeres individualmente.

II.III.II. Justicia e interseccionalidad en la maternidad subrogada

El principio de justicia y el concepto de interseccionalidad proporcionan un marco crucial para evaluar la libertad efectiva de la mujer gestante en el contexto de la maternidad subrogada. Este análisis considera cómo estos conceptos se aplican a las problemáticas que rodean esta práctica.

El principio de justicia¹⁴⁰, como lo definen Atienza, De Lora y Gascón, se refiere a la distribución justa, equitativa y apropiada de beneficios y cargas en la sociedad, reconociendo las diferencias en necesidades y circunstancias. En el contexto de la maternidad subrogada, esto considera no solo la equidad en el acceso a esta práctica, sino también, principalmente, la distribución justa de los riesgos y beneficios entre todas las partes involucradas, especialmente la mujer gestante.

Al respecto, se han desarrollado diversas teorías de la justicia, como las de Nozick, Rawls y Walzer, que ofrecen perspectivas diferentes pero complementarias para analizar la maternidad subrogada¹⁴¹. La teoría del justo título de Nozick podría

¹⁴⁰ Para la revisión de un análisis más detallado sobre el principio de justicia, se recomienda consultar la sección titulada: “II.II.III.I. El principio de justicia”, ubicada en el segundo capítulo.

¹⁴¹ Para la revisión de un análisis más detallado sobre estas teorías de la justicia, se recomienda consultar la sección titulada: “II.II.III.I. El principio de justicia”, ubicada en el segundo capítulo.

argumentar a favor de la libertad de las mujeres para ofrecer servicios de subrogación como una expresión de su autonomía y derecho sobre su cuerpo. Por su parte, la justicia como equidad de Rawls consideraría cómo la práctica de la subrogación afecta a los menos favorecidos en la sociedad y si contribuye a una mayor igualdad o exacerba las desigualdades existentes.

Así también, la teoría de la igualdad compleja de Walzer insta a considerar el contexto cultural y social específico en el que se practica la maternidad subrogada y cómo esto afecta su percepción y distribución. Estas perspectivas refuerzan la concepción de que la libertad efectiva no puede considerarse de manera aislada, sino en el contexto más amplio de las estructuras sociales y económicas existentes. Es importante reflexionar cómo las tradiciones y características particulares de una sociedad influyen en la percepción y práctica de la maternidad subrogada.

En este sentido, un aspecto crucial del análisis de justicia en la subrogación son las desigualdades socioeconómicas. Beauchamp y Childress profundizan en la justicia distributiva, que es particularmente relevante en este caso. Debemos preguntarnos: ¿Están las mujeres en situaciones económicas desfavorables más propensas a ofrecer servicios de gestación subrogada? La realidad es que las mujeres en situaciones económicas precarias pueden verse más presionadas a considerar la subrogación como una opción para mejorar su situación financiera. La justicia distributiva examina cómo se distribuyen los beneficios y las cargas en la sociedad, y cuestiona si esta práctica exacerba las desigualdades existentes.

En esta línea, como sostiene Debra Satz (2015), se debe partir por identificar la existencia de igualdad en la sociedad, pues garantizar la igualdad requiere asegurar el acceso a bienes esenciales como la educación, la salud y las oportunidades, lo que es determinante. En el caso de la subrogación, esto implica considerar si las mujeres gestantes tienen acceso equitativo a estos recursos básicos, lo que podría influir significativamente en su libertad efectiva para tomar decisiones.

La interseccionalidad, desarrollado por Crenshaw (1989), ofrece una perspectiva valiosa para comprender las múltiples dimensiones de vulnerabilidad que pueden

afectar e influir en la decisión de las mujeres gestantes¹⁴². Este enfoque reconoce que las identidades sociales múltiples, factores como la clase social, la nacionalidad y el nivel educativo, pueden intersectarse y crear situaciones únicas de desventaja o vulnerabilidad¹⁴³. Una mujer perteneciente a una minoría étnica y de bajos recursos puede enfrentar presiones adicionales para aceptar participar en la subrogación debido a la intersección de su situación económica y su origen étnico.

Las desigualdades estructurales crean un terreno desigual en el que algunas mujeres tienen significativamente menos opciones que otras. La verdadera libertad efectiva solo es posible cuando todas las mujeres tienen un acceso equitativo a recursos básicos, permitiéndoles tomar decisiones autónomas sin una necesidad económica. Así, el principio de justicia, junto con un enfoque interseccional, exige evaluar si la gestación por sustitución perpetúa o exacerba las desigualdades existentes. Si las mujeres de ciertos grupos socioeconómicos o étnicos están desproporcionadamente representadas como gestantes subrogadas, esto podría indicar una distribución injusta de los riesgos y cargas asociados a esta práctica.

En conclusión, el análisis de la libertad efectiva de la mujer gestante, a través del principio de justicia y el concepto de interseccionalidad, revela una situación profundamente compleja. Esto se debe a que, la verdadera libertad efectiva solo puede existir en un contexto de equidad social y económica, donde todas las mujeres, independientemente de su posición social, tengan acceso equitativo a recursos y oportunidades.

II.III.III. ¿Instrumentalización de la mujer gestante?

La cuestión de si la maternidad subrogada conlleva la instrumentalización de la mujer gestante es un tema complejo y controvertido. Abordarlo requiere considerar principios como justicia, interseccionalidad, autonomía y su concepción relacional analizados previamente, los cuales son fundamentales para asegurar el respeto a la

¹⁴² Para la revisión de un análisis más detallado sobre la interseccionalidad, se recomienda consultar la sección titulada: "II.II.III.II. Interseccionalidad: Un enfoque para comprender una situación de vulnerabilidad", ubicada en el segundo capítulo.

¹⁴³ La interseccionalidad no solo muestra las injusticias existentes, sino que también guía hacia soluciones más equitativas. Al considerar cómo se entrelazan las diferentes formas de opresión, podemos desarrollar estrategias más efectivas para distribuir recursos y oportunidades de manera justa, cumpliendo así con los requisitos del principio de justicia en bioética.

integridad de las mujeres involucradas en estos procesos.

El concepto de instrumentalización se refiere al acto de tratar a una persona como un mero medio para un fin, en lugar de ser considerada un fin en sí misma. El principio de no instrumentalización¹⁴⁴, está estrechamente vinculado con la dignidad humana, que según Martha Nussbaum, se relaciona con la capacidad de agencia y el derecho de cada persona a desarrollarse plenamente¹⁴⁵. En el contexto de la gestación por sustitución, la preocupación radica en que la mujer gestante podría ser vista y tratada principalmente como un "recipiente" o "incubadora" del bebé, sin que se reconozcan plenamente sus derechos y dignidad¹⁴⁶.

En la instrumentalización en la maternidad subrogada, contribuyen diversos factores¹⁴⁷. Como se ha analizado previamente, en la justicia e interseccionalidad, las desigualdades socioeconómicas son un factor determinante. En la experiencia peruana documentada se puede constatar que este factor socioeconómico es uno de los factores predominantes. Esto se refleja en la proliferación de anuncios de mujeres que ofrecen sus servicios para "alquilar" sus vientres a cambio de una compensación económica¹⁴⁸. Esto plantea serias dudas sobre la verdadera libertad de elección en estos casos.

El estudio titulado *"Migrant women and reproductive exploitation in the surrogacy industry"* [Mujeres migrantes y explotación reproductiva en la industria de la

¹⁴⁴ Para la revisión de un análisis detallado sobre el principio de no instrumentalización, se recomienda consultar la sección titulada: *"II.IV.II. Principio de no instrumentalización"*, del segundo capítulo.

¹⁴⁵ Para la revisión de un análisis más detenido sobre el principio de dignidad –que abarca los planteamientos de Martha Nussbaum y Muel Atienza, se recomienda consultar la sección titulada: *"II.IV.I. Principio de dignidad"*, ubicada en el segundo capítulo.

¹⁴⁶ La dignidad humana, entendida como el valor inherente de cada persona, es central en este debate. En la subrogación, el desafío es determinar si esta práctica respeta o vulnera la dignidad de la mujer gestante, pues puede conllevar su instrumentalización. Por ello, no hay una respuesta simple y menos universal, dependerá de las condiciones del contexto, estructuras sociales y económicas.

¹⁴⁷ Antes de ahondar en estos factores, es importante señalar que la aplicación del principio de no instrumentalización requiere no solo el consentimiento informado; sino también la garantía de que la mujer pueda tomar decisiones libres, es decir, corroborar su autonomía relacional. Entonces, es crucial la información, así como el contexto de la decisión para evitar la cosificación de la mujer gestante.

¹⁴⁸ Actualmente, el acceso a servicios de maternidad subrogada se ha visto facilitado por el uso masivo de redes sociales, que actúan como plataformas informales para conectar a personas interesadas en ofrecer o contratar estos servicios. En particular, Facebook cuenta con diversos grupos, ya sea públicos o cerrados, como "Ventre de alquiler PERU", "Madre subrogada en Perú", "Vientres y madres subrogadas" o "MADRE SUBROGADA", donde se publican anuncios y se establecen contactos directos entre potenciales gestantes y comitentes. El mapeo realizado en esta investigación evidencia la existencia de múltiples publicaciones activas en dichos espacios, lo que demuestra la facilidad y rapidez con la que se puede acceder a esta práctica, al margen de una regulación legal clara.

subrogación] pone de manifiesto que, tanto las mujeres que migran para ser gestantes subrogadas o donantes de ovocitos, como aquellas que son captadas en sus propios países, presentan perfiles similares. La gran mayoría, si no todas, se encuentran en una situación de gran precariedad económica, social y profesional. Esto facilita a los intermediarios su captación a cambio de una remuneración económica o promesas de remuneración que no siempre se cumplen (ENoMW & ICASM, 2022, p. 26). Este estudio evidencia que la falta de oportunidades y la desigualdad latente son factores que pueden influir significativamente en la toma de decisiones de las mujeres.

Este estudio también expone cómo esta situación puede facilitar la trata de mujeres, problemática que sería distinta si estas se encontraran en condiciones de mayor igualdad. Al respecto, De Lora y Gascón sostienen que ello no constituye necesariamente una razón suficiente para prohibir la maternidad subrogada, pues, en un contexto de mayor igualdad social, no existirían motivos para prohibirla¹⁴⁹ (2008, p. 87). No obstante, resulta fundamental considerar el contexto peruano en el que estas prácticas tienen lugar, ya que idealizar un escenario de igualdad plena no resulta prudente ni adecuado para este análisis.

En el caso de Perú, las mujeres se encuentran expuestas a riesgos debido a la vulnerabilidad social, especialmente marcada por la pobreza y la falta de recursos, convirtiéndose en un factor determinante¹⁵⁰. Cuando las mujeres carecen de alternativas viables¹⁵¹, pueden verse forzadas a recurrir a la subrogación, lo que

¹⁴⁹ Este planteamiento es interesante, pues resaltan que la prohibición no constituye necesariamente la solución. Esta posición se basa en la precondition de una sociedad con mayor igualdad y si bien, dicho escenario representa un ideal deseable, no corresponde a la realidad actual. Por ello, basar el análisis en supuestos hipotéticos como “qué ocurriría si viviéramos en una sociedad que respeta plenamente los derechos”, “qué sucedería si no existiera la delincuencia” o “qué pasaría si viviéramos en igualdad”, resulta poco beneficioso para un debate constitucional. Esto nos desvía del objetivo central, que es abordar las realidades concretas que enfrentamos y tomar medidas efectivas frente a ellas.

¹⁵⁰ Las subrogantes pueden encontrarse bajo circunstancias de vulnerabilidad social como la falta de recursos económicos, por lo que es de vital importancia considerar ello, sobre todo en el contexto peruano, en donde los índices de pobreza y pobreza extrema incrementan con el paso de los años. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática INEI (2024) entre 2022 y 2023, la línea de pobreza extrema aumentó 11% y, en comparación con 2019, el incremento fue de 33,9% (INEI, 2024, p. 51). Respecto a la línea de pobreza total, esta creció 7,3% entre 2022 y 2023, y un 26,7% en comparación con 2019 (INEI, 2024, p. 56). Este aumento evidencia el impacto económico que se ha venido generando, lo que podría impactar negativamente en las mujeres en situación de vulnerabilidad.

¹⁵¹ Sandel clasifica esta postura como un "argumento de la coerción". Según esta perspectiva, las condiciones sociales subyacentes impiden que las mujeres que se ofrecen como madres sustitutas den un consentimiento genuino. Estas desigualdades estructurales llevan a que, en la práctica, sean las mujeres más desfavorecidas quienes desempeñen este rol (como se citó en De Lora y Gascón,

cuestiona si sus decisiones son genuinamente autónomas. Por tanto, estos factores externos deben ser analizados y tomados en cuenta por legisladores y el sistema de justicia, pues van más allá del simple debate sobre aceptar o rechazar la práctica.

El debate sobre la instrumentalización en la subrogación exige un análisis caso por caso, que equilibre el respeto por la autonomía individual con los factores sociales, económicos y culturales que influyen en ella. Para minimizar esos riesgos, es esencial enfrentar estas desigualdades estructurales que limitan las opciones de las mujeres y crear marcos regulatorios sólidos que protejan sus derechos. Entonces, se debe: (1) reconocer la interseccionalidad de la mujer gestante, (2) garantizar el acceso a información completa, comprensible y apoyo integral, y (3) proteger su autonomía relacional y dignidad, evitando su instrumentalización. En última instancia, garantizar la libertad efectiva de la gestante requiere un compromiso continuo con la justicia social y la equidad. La bioética jurídica será aquella herramienta que permita proteger los derechos de las mujeres.

II.IV. Argumento sobre una explotación mutuamente ventajosa para la mujer gestante

Para reevaluar el argumento sobre la explotación mutuamente ventajosa en la maternidad subrogada, es necesario profundizar en los planteamientos de Alan Wertheimer y considerar cuidadosamente el contexto actual de la práctica. En particular, debe prestarse especial atención a las agencias de fertilidad, que actúan como intermediarias en la contratación de los servicios de gestación subrogada. Esta perspectiva debe ser analizada junto con los principios bioéticos y el marco de los derechos reproductivos, teniendo en cuenta las complejidades y riesgos inherentes a la gestación subrogada comercial.

La idea de la "explotación voluntaria beneficiosa" o "*surrogacy as mutually advantageous exploitation*" sugiere que una persona que decide participar en un acuerdo de gestación subrogada lo hace porque, dadas sus circunstancias, obtendrá un beneficio que no lograría si no se concreta el acuerdo. Aun así, el hecho de que una transacción sea mutuamente ventajosa no significa necesariamente que sea

2008, pp. 86-87). La falta de alternativas y las disparidades socioeconómicas coaccionan a estas mujeres, generando un contexto en el que su decisión no puede considerarse plenamente voluntaria.

justa¹⁵². Por lo tanto, se argumenta que la gestante puede ser explotada, incluso si obtiene un beneficio neto de la subrogación (González y Garcés, 2021, p. 286; Wertheimer, 1997, p. 1220). Este es el caso de una mujer en situación de vulnerabilidad económica, para quien la subrogación puede ser la mejor opción disponible para garantizar su subsistencia y/o la de su familia.

Ahora bien, Wertheimer (1997) argumenta que incluso si la gestación subrogada comercial es un caso de explotación, si es mutuamente ventajosa y consensual, esto no implica necesariamente que deba ser prohibida. Su razonamiento se basa en que prohibir una transacción que beneficia a ambas partes, aunque sea explotadora, podría ir en contra de la autonomía de la gestante y privarla de una opción que ella considera ventajosa dadas sus circunstancias (Wertheimer, 1997, p. 1226). Este argumento se fundamenta en la idea de que las personas deberían tener la libertad de tomar decisiones sobre sus propios cuerpos y vidas, incluso si estas decisiones implican cierto grado de explotación.

En el contexto de la subrogación, resulta esencial considerar el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que forman parte de los derechos humanos¹⁵³ (Siverino, 2014b, p. 104). Así, el ejercicio pleno de estos derechos implica la posibilidad de tomar decisiones libres e informadas sobre la reproducción, lo que podría respaldar la legitimidad de la gestación subrogada cuando esta es voluntaria. No obstante, como advierten González y Garcés (2021, p. 286), dicha libertad puede verse comprometida si las mujeres involucradas se encuentran en condiciones de vulnerabilidad económica, lo cual pone en duda la validez del consentimiento otorgado y la autenticidad de su decisión.

Desde la perspectiva de los principios bioéticos de beneficencia y no maleficencia de Beauchamp y Childress, la evaluación se vuelve aún más compleja. Por un lado, permitir la subrogación comercial podría verse como beneficiante al proporcionar una

¹⁵² Una analogía que se emplea para ilustrar este concepto es la de un médico que realiza un procedimiento a cambio de una tarifa estándar y salva la vida de un paciente. Aunque el paciente se beneficie mucho más de la transacción que el médico, no diríamos que el médico ha sido explotado (Wertheimer, 1997, p. 1220).

¹⁵³ Para la revisión de un análisis más detenido sobre los derechos sexuales y reproductivos, se recomienda consultar la sección titulada: "*I.I.I. Antecedentes de los derechos sexuales y reproductivos*", ubicada en el primer capítulo.

opción económica a mujeres en situación vulnerable¹⁵⁴. Este es el caso de Aymar Santana-Ríos, quien ganó en un proceso de subrogación 45.000 dólares, una cifra superior a lo que podía percibir en un año como contadora (Colomé, 2024). Sin embargo, también podría argumentarse que expone a estas mujeres a riesgos significativos, lo que iría en contra del principio de no maleficencia.

Por tanto, resulta crucial analizar esta teoría en un contexto práctico, por lo cual se presenta el caso de Camila Vintimilla-Caster, expuesto en el artículo de Colomé, que pone de manifiesto las complejidades y riesgos asociados con la gestación subrogada comercial. La experiencia de Camila, una joven colombiana que sufrió la pérdida del bebé que gestaba para otra pareja en Baylor University Medical Center, Estados Unidos, ilustra los riesgos físicos y emocionales a los que se exponen las mujeres en estos acuerdos. Camila afirma: "Nadie nunca me habló de riesgos, la subrogación es un tema tan tabú, especialmente en las comunidades latinas. Nadie me había alertado de esto" (Colomé, 2024). Esta situación sugiere una falta de información completa y consentimiento verdaderamente informado en su caso¹⁵⁵.

El caso de Camila revela problemas significativos en la industria de la gestación subrogada, incluyendo la falta de apoyo adecuado para las gestantes, especialmente en casos de complicaciones o pérdida del embarazo. Camila menciona: "Yo no encontré nada de apoyo, nadie me podía ayudar, nadie sabía qué hacer" (Colomé, 2024). Esto sugiere que las agencias de subrogación pueden estar priorizando el aspecto comercial sobre el bienestar de las gestantes, lo que complica aún más la noción de una explotación "mutuamente ventajosa".

¹⁵⁴ Al respecto, puede destacarse uno de los elementos más célebres de la teoría del contrato social de John Locke que es su enfoque en el beneficio mutuo, que, combinado con la igualdad y la inseguridad natural, son la base para la formulación de principios políticos. Sin embargo, también debe considerarse que los contractualistas modernos han tomado solo esta parte de la teoría, centrandose en la ficción de un contrato social fundado en el beneficio mutuo en el estado de naturaleza, y han dejado de lado tanto la doctrina de los derechos naturales como el énfasis de Locke en la benevolencia y la dignidad humana (Nussbaum, 2007, pp. 61-62).

¹⁵⁵ Es relevante señalar que el consentimiento informado en la gestación subrogada puede ser un concepto relativo. Nazca Fontes, directora de la agencia ConceiveAbilities en Nueva York, con más de 25 años de experiencia, reconoce que el proceso de la gestación subrogada es complejo y conlleva riesgos para las gestantes y para los futuros padres. Fontes afirma que las mujeres que acuden a su agencia están plenamente informadas sobre los riesgos. De manera similar, Perla Piekutowski, directora de Crecimiento y Compromiso de la agencia FairFax Surrogacy, ubicada en Maryland, menciona que su agencia informa a las gestantes sobre posibles complicaciones, como la cesárea, el parto prematuro, la hipertensión, la pérdida del bebé, del útero o incluso de la propia vida (Colomé, 2024). No obstante, persiste la necesidad de supervisar si esta información es transmitida de manera veraz, las agencias de fertilidad deben respetar y cumplir con los principios bioéticos fundamentales.

La industria de la gestación subrogada ha experimentado un crecimiento significativo en los últimos años. En 2022, su valor estimado a nivel mundial alcanzó los 14.000 millones de dólares, con proyecciones de crecimiento que estiman que alcanzará los 129.000 millones en la próxima década, según un informe de Global Market Insights (2022). En este contexto, las agencias de subrogación, que operan como intermediarias entre los comitentes y las subrogantes, adquieren un rol protagónico al determinar las condiciones de estos acuerdos.

El caso de Camila Vintimilla-Caster es ilustrativo. Camila acordó recibir 45.000 dólares por su proceso de gestación, pagados en cuotas mensuales de poco más de 3.000 dólares¹⁵⁶. Sin embargo, la agencia Shared Conception, que gestionó el contrato, cobró a la pareja receptora 150.000 dólares (Colomé, 2024). Esta disparidad en los pagos muestra cómo las agencias capturan la mayor parte de los beneficios financieros, mientras que las gestantes, que asumen el mayor sacrificio físico y emocional, reciben una compensación considerablemente menor. Camila reconoce que, si bien no se embarcó en el proceso exclusivamente por motivos económicos, la suma que recibió no compensa el desgaste que sufrió: “A veces, los padres pagan hasta 200.000 dólares y a la subrogante, que está haciendo más trabajo, solo le dan 40.000. Tiene más sentido que sea al revés, pero desafortunadamente es así” (Colomé, 2024).

Además, después de la pérdida del bebé, Camila tuvo que pagar terapias psicológicas adicionales, ya que la agencia solo cubrió tres sesiones de apoyo (Colomé, 2024). La falta de respaldo postparto y el desentendimiento de las agencias después del nacimiento agravan la situación, dejando a las gestantes sin el apoyo necesario en un momento crítico de su recuperación. Este caso evidencia cómo las agencias, al controlar los términos del acuerdo y retener la mayor parte de los pagos, contribuyen a que en muchos casos estos acuerdos no sean realmente ventajosos para las

¹⁵⁶ En el caso peruano, las condiciones económicas asociadas a la maternidad subrogada difieren significativamente de otros contextos internacionales, evidenciando situaciones de mayor precariedad. Según diversas publicaciones en redes sociales, existen mujeres dispuestas a asumir el rol de gestante subrogada a cambio de montos reducidos, como 5 mil dólares o incluso la entrega de un terreno en “cualquier lugar” (véase la figura 4). Como se ha identificado previamente, los grupos creados en redes sociales, específicamente para difundir este tipo de anuncios, han generado un mercado informal donde la oferta supera la demanda, lo que conlleva a que muchas mujeres reduzcan sus precios con el fin de conseguir un “comprador”, exacerbando así las condiciones de vulnerabilidad.

gestantes, quienes a menudo quedan expuestas a situaciones de explotación económica y emocional.

El crecimiento de la industria de la gestación subrogada ha sido notable en Estados Unidos. Entre 1999 y 2013, los Centros para el Control y la Prevención de Enfermedades (CDC) registraron 13.380 nacimientos mediante subrogación, que resultaron en 18.400 bebés. No obstante, en 2020, la Sociedad para la Tecnología de Reproducción Asistida (SART) reportó más de 70.000 nacimientos mediante este método (Colomé, 2024). Esta tendencia refleja un crecimiento sostenido en la demanda y en la práctica de la gestación subrogada¹⁵⁷. Este aumento ha impulsado la proliferación de clínicas de fertilidad y agencias especializadas, las cuales, como se ha evidenciado, pueden establecer contacto con mujeres de cualquier parte del mundo, incluyendo países latinoamericanos como Perú.

En definitiva, la expansión de esta industria, junto con la creciente influencia de las agencias de subrogación, plantea serias interrogantes sobre la equidad de estos acuerdos y la verdadera ventaja de las gestantes. Aunque estas transacciones puedan parecer mutuamente beneficiosas, como se observa en el caso de Aymar, las disparidades económicas y la falta de apoyo adecuado ponen en duda la justicia y el balance de poder en estos acuerdos, como en el caso de Camila¹⁵⁸.

En conclusión, determinar si la gestación subrogada constituye una forma de explotación mutuamente ventajosa es un asunto complejo y contextual¹⁵⁹. Aunque

¹⁵⁷ El impacto de este crecimiento se extiende también a las plataformas digitales. Hoy en día, redes sociales como TikTok e Instagram se han convertido en espacios donde tanto agencias de fertilidad, mujeres que han sido subrogantes y padres intencionales comparten sus experiencias y animan a participar. Ejemplo de ello son "I am Pedro Prieto" (2023), "Nuevas Familias México" (2024), "Gestacy México" (2024), "Seremos Padres Mx" (2024), entre muchas otras más. Esta expansión hacia las redes sociales y el entorno digital subraya el alcance cada vez mayor de la subrogación, posicionándose como una práctica en rápido crecimiento que sigue consolidando su lugar en el mercado global. Esto también evidencia la facilidad con la que es posible contactar a estas agencias en la actualidad, ya que en la red digital están disponibles para cualquier persona, sin restricciones de edad ni de otro tipo.

¹⁵⁸ En 2020, el 90% de las clínicas de reproducción en Estados Unidos ofrecían servicios de gestación subrogada, según los Centros de Control y Prevención de Enfermedades (CDC) que indicaron que alrededor del 75% de los procedimientos resultan en un embarazo, y la tasa de éxito para un parto sano una vez logrado el embarazo es del 95%. Ese mismo año, 73,602 bebés nacieron mediante gestación subrogada, según la Sociedad de Tecnologías de Reproducción Asistida (SART). No obstante, un estudio publicado en *Human Reproduction* señaló que los embarazos logrados por fecundación in vitro presentan un riesgo de muerte fetal cuatro veces mayor (Colomé, 2024). Estos datos reflejan tanto los avances como los riesgos asociados a la reproducción asistida mediante gestación subrogada.

¹⁵⁹ Además, autores como Hugo Grocio afirman que no se debe intentar derivar los principios fundamentales exclusivamente de la noción de beneficio mutuo; la sociabilidad humana sugiere que el

puede ofrecer beneficios económicos a la mujer gestante, estos no siempre reflejan una mejora real en su bienestar, especialmente si la decisión se toma en condiciones de vulnerabilidad o necesidad. En algunos casos, la desigualdad estructural y la falta de opciones reales cuestionan la voluntariedad del acuerdo, inclinándolo su calificación hacia una forma de explotación. El caso de Camila evidencia que, incluso cuando hay una contraprestación económica, la ausencia de apoyo adecuado y el desconocimiento de los riesgos comprometen seriamente la validez del consentimiento.

Finalmente, desde una perspectiva de política pública, se requiere una regulación que garantice el consentimiento informado, la compensación justa y el acompañamiento integral. En este marco, el paternalismo blando, como proponen Beauchamp, Childress y Alemany, podría justificar la intervención estatal para proteger a las mujeres frente a decisiones que, aunque voluntarias, podrían resultar perjudiciales. A largo plazo, abordar las causas estructurales que llevan a las mujeres a considerar la subrogación como única salida económica es esencial para prevenir situaciones de explotación.

II.V. Argumento sobre el impacto simbólico de la maternidad subrogada

La maternidad subrogada representa uno de los debates más complejos en las sociedades contemporáneas, especialmente por su profundo impacto simbólico tanto en la sociedad en general como en las mujeres gestantes. La maternidad subrogada plantea cuestiones fundamentales sobre cómo la sociedad percibe a las mujeres y sus cuerpos. Este análisis examina las diversas dimensiones de dicho impacto, considerando aspectos éticos, sociales y culturales que moldean la percepción y las consecuencias de esta práctica.

II.V.I. Impacto simbólico en la sociedad peruana

Históricamente, el impacto de los factores religiosos, culturales y sociales han sido determinantes en la configuración de los derechos humanos¹⁶⁰, y la sociedad peruana

beneficio no es la única motivación detrás de las acciones justas de los individuos. Grocio sostiene que una sociedad fundada en la sociabilidad y el respeto tiene una mayor capacidad de perdurar en el tiempo que una basada únicamente en el beneficio mutuo (Nussbaum, 2007, p. 55).

¹⁶⁰ Una evidencia de ello es el caso de los derechos sexuales y reproductivos, que han sido objeto de ataques por parte de sectores fundamentalistas, tanto musulmanes como católicos, como se evidenció en la Conferencia de Beijing y en las revisiones de Cairo+5 y Beijing+5. En estos eventos, Estados

no es la excepción, pues ha estado marcada, especialmente, por la influencia de la Iglesia Católica en este aspecto. A pesar de que el Perú es un Estado laico, las creencias religiosas suelen influir significativamente en la opinión pública¹⁶¹, lo que puede repercutir, en ocasiones, en la regulación del Estado.

Muestra de ello son movimientos como “Con mis hijos no te metas”, que se opone a la educación sexual integral en escuelas; el Centro de Promoción Familiar y de Regulación de la Natalidad (Ceprofarena), que aboga en contra de la píldora del día siguiente y otros anticonceptivos; o la Alianza Latinoamericana para la Familia (ALAFA), promotora de una familia monogámica, heterosexual y con mandato reproductivo (Mujica, 2007, pp. 14, 17). Por ello, se debe identificar las posibles oposiciones que la maternidad subrogada enfrenta en ciertos sectores de la sociedad, que la consideran contraria a sus valores religiosos y culturales.

En particular, la postura de la Iglesia Católica merece atención, dado su peso e influencia a nivel internacional. Así, independientemente del nivel de laicidad del Estado, no puede subestimarse el impacto de esta institución en la sociedad (Abad, 2012, pp. 109-110). En este contexto, el Papa Francisco ha expresado un rechazo firme hacia la gestación subrogada, calificándola como una práctica “deplorable” y solicitando a la comunidad internacional su prohibición. Para el pontífice, la maternidad subrogada comercial vulnera la dignidad de la mujer y del niño, además de aprovecharse la situación económica de las gestantes¹⁶² (El País, 2024).

Este rechazo se sustenta en lo señalado por la Congregación para la Doctrina de la

conservadores y sus ONG aliadas intentaron obstaculizar el consenso en temas clave, como el aborto inseguro, la inclusión de derechos sexuales y reproductivos, y la discriminación basada en la orientación sexual, buscando así debilitar los avances en estos derechos (Salazar, 2013, p. 5).

¹⁶¹ La laicidad establecida en la Constitución de 1993 responde tanto a los cambios en la relación de los Estados con el fenómeno religioso durante el siglo XX como al compromiso del Perú con tratados internacionales de derechos humanos que reconocen la libertad de conciencia y religión. Este carácter laico ha sido reafirmado por el Tribunal Constitucional, incluso frente a la influencia de la religión católica, mayoritaria en el país, que no debería afectar la interpretación de la laicidad (Revilla, 2017, p. 139). Sin embargo, en el ámbito de los derechos sexuales y reproductivos, el grado de laicidad está estrechamente vinculado al reconocimiento y protección de estos derechos, ya que implican consideraciones éticas y morales que varían según cada sistema de creencias (Abad, 2012, p. 105).

¹⁶² Estas opiniones fueron vertidas en su tradicional discurso anual ante el cuerpo diplomático acreditado en la Santa Sede, compuesto por representantes y embajadores de los 184 Estados con los que el Vaticano mantiene relaciones diplomáticas. En esta ocasión, afirmó: “En cada momento de su existencia, la vida humana debe ser preservada y tutelada, aunque constato, con pesar, especialmente en Occidente, la persistente difusión de una cultura de la muerte que, en nombre de una falsa compasión, descarta a los niños, los ancianos y los enfermos” (Lucumí, 2024).

Fe (2008) de la Iglesia Católica. En su documento “*Dignitas Personae*”¹⁶³ se defienden tres bienes fundamentales: el derecho a la vida y la integridad física de toda persona desde la concepción; la unidad matrimonial, que implica el respeto mutuo en el derecho de los cónyuges a ser padres exclusivamente uno a través del otro; y los valores inherentes a la sexualidad humana, que demandan que la procreación sea fruto del amor entre esposos (2008, sección 12). Por tanto, se considera que la maternidad subrogada representa una alteración del orden natural, y como alternativa, se sugiere el siguiente proceder:

“Para responder a las expectativas de tantos matrimonios estériles, deseosos de tener un hijo, habría que alentar, promover y facilitar con oportunas medidas legislativas el procedimiento de adopción de los numerosos niños huérfanos, siempre necesitados de un hogar doméstico para su adecuado desarrollo humano [...]”. (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2008, sección 13). (Subrayado agregado).

Sin embargo, como se discutió previamente, la adopción debería considerarse una acción supererogatoria, una opción ética que todos podrían tomar, y no solo aquellos que no pueden tener hijos de manera natural. La maternidad subrogada desafía estas nociones tradicionales de maternidad y estructura familiar, particularmente en una sociedad como la peruana, donde los valores convencionales tienen una gran influencia. No obstante, el temor de que esta práctica conduzca a una "pendiente resbaladiza" y afecte las estructuras familiares tradicionales puede ser limitante¹⁶⁴. Florencia Luna (2021b) plantea que esta es una visión conservadora que mantiene el statu quo y bloquea posibles cambios que podrían beneficiar a algunas personas. Luna sostiene que el hecho de que estas tecnologías existan y se regulen no obliga

¹⁶³ La Instrucción “*Dignitas Personae*”, emitida en 2008 por la Congregación para la Doctrina de la Fe, aborda cuestiones bioéticas contemporáneas, especialmente en relación con la reproducción asistida y la manipulación genética. Su propósito es orientar moralmente a los fieles y profesionales de la salud, reafirmando la dignidad de toda persona desde la concepción hasta la muerte natural. Establece directrices bioéticas basadas en los principios de la Biblia y el Catecismo; aunque no posee la misma autoridad que estos, representa la postura oficial de la Iglesia Católica y se espera que los católicos la consideren en su formación de conciencia y toma de decisiones (Congregación para la Doctrina de la Fe, 2008, sección 1). Su análisis es relevante para conocer la postura de quienes buscan alinear sus decisiones con la enseñanza moral de la Iglesia Católica en temas bioéticos.

¹⁶⁴ Un ejemplo ilustrativo de este argumento se encuentra en el caso de Argentina. Cuando se debatió la ley que permitía el divorcio, algunos sectores sostenían que su implementación conduciría a una disolución generalizada de los matrimonios y atentaría contra la institución familiar. Sin embargo, la existencia de una ley de divorcio no significa que todas las personas se vayan a divorciar; más bien, permite que aquellas parejas que enfrentan dificultades o viven en situaciones complejas puedan acceder a una solución legal adecuada (Luna y Buedo, 2021c).

a nadie a usarlas, pero sí permite que quienes las consideran valiosas puedan acceder a ellas.

De este modo, la tolerancia implica aceptar que otras personas puedan tener concepciones diferentes y reconocer su derecho a actuar conforme a ellas. Las inclinaciones de carácter personal o religioso deben orientar únicamente la conducta individual y no imponerse en el ordenamiento jurídico como “verdades absolutas”. En este sentido, un Estado laico debe mantener una postura independiente respecto de doctrinas y moralidades religiosas, sustentando sus normas y políticas públicas en un enfoque de derechos humanos y orientándolas hacia el bienestar común (Abad, 2012, p. 139). Solo así se garantiza una convivencia plural y respetuosa de la diversidad en una sociedad democrática.

Para la Iglesia Católica, su enseñanza moral no pretende restringir, sino proteger los dones conferidos por el Creador, tales como la vida, la libertad, el conocimiento y el amor. Sin embargo, ceñirse únicamente a su mandato podría llevar a un perfeccionismo o a un moralismo ético que no resulta adecuado en sociedades plurales como la peruana. El perfeccionismo, implica que el Estado establezca medidas, políticas o normas que, en detrimento de la autonomía individual, guíen a las personas hacia una vida virtuosa, imponiendo una concepción de lo que es “bueno” o de una vida valiosa, de manera que los individuos se ajusten a los ideales de virtud y de bien (Marciani y Padilla, 2021, pp. 33-34). De este modo, la imposición de una visión moral única resulta incompatible con el respeto a la pluralidad y a la autonomía en sociedades democráticas.

Por su parte, el moralismo busca consolidar una noción de moralidad o virtud, pero a diferencia del perfeccionismo, este no se plantea en función del bienestar individual (como salvar el alma o volver virtuoso al sujeto), sino para preservar la moral social vigente (Marciani y Padilla, 2021, p. 34). Así, el moralismo prioriza el mantenimiento del orden moral colectivo por encima de la autonomía y el bienestar individual. En sociedades diversas, un Estado laico debe evitar ambas posturas para respetar la pluralidad y la autonomía de sus ciudadanos.

Por último, se debe reconocer que esta discusión se centra en los derechos sexuales y reproductivos, y aunque no existe una relación estrictamente causal entre la

garantía de estos derechos y el nivel de laicidad estatal, parece que un Estado más laico facilita su desarrollo y protección¹⁶⁵ (Marciani y Padilla, 2021, p. 134). En el Perú, aún se encuentran en un proceso de reconocer plenamente estos derechos, tema que permanece como un tabú en algunos sectores de la sociedad y entre autoridades. La promoción del diálogo sobre este asunto resulta esencial para avanzar en la efectiva protección y ejercicio de dichos derechos.

II.V.II. Impacto simbólico en la mujer gestante

El impacto simbólico de la maternidad subrogada en la percepción de la mujer gestante se manifiesta primordialmente en la tensión entre autonomía e instrumentalización. La percepción de las gestantes subrogadas oscila entre dos extremos: como agentes autónomas que ejercen su libertad de elección, o como instrumentos en un proceso reproductivo. Esta dualidad refleja la complejidad inherente del debate sobre la dignidad en el contexto de la subrogación, donde surgen cuestionamientos profundos sobre el valor de la mujer en esta práctica.

Desde las perspectivas feministas existe una variedad de interpretaciones en torno a si la subrogación promueve o limita la libertad de las mujeres¹⁶⁶. Para el feminismo liberal, dicha práctica representa una expresión de autonomía femenina, que las empodera al permitir a las mujeres firmar contratos de gestación, reconociendo así su capacidad de tomar decisiones racionales y actuar en función de sus intereses personales (Lamm, 2013, p. 244). Para esta corriente, la prohibición legal de esta práctica podría representar una restricción injusta de su dignidad y autonomía, al negarse su capacidad para decidir sobre su propio cuerpo y destino.

Por otro lado, el feminismo socialista y radical percibe la maternidad subrogada como una forma de explotación y cosificación del cuerpo femenino, al entenderla como un medio de control sobre las mujeres dentro de una estructura patriarcal (Lamm, 2013, p. 243). Desde esta perspectiva, esta práctica pueda reducir a las mujeres a meros

¹⁶⁵ En la práctica, cuando el Estado opta por apoyar o asumir una visión específica de la sexualidad, la moral o las relaciones entre hombres y mujeres basada en preceptos religiosos en lugar de un enfoque de los derechos consagrados en la Constitución, tiende a retroceder en su función de proveedor de servicios públicos esenciales, como educación y salud. Esto afecta, entre otras áreas, la garantía de los derechos sexuales y reproductivos (Marciani y Padilla, 2021, p. 134).

¹⁶⁶ Para la revisión de un análisis más detallado sobre las concepciones feministas, se recomienda consultar la sección titulada: *“II.II.I.II. La autonomía relacional en bioética: Una perspectiva feminista”*, ubicada en el segundo capítulo.

"recipientes" o "incubadoras", contraviniendo el principio kantiano de tratar a las personas como fines en sí mismas y no solo como medios¹⁶⁷. Así, ponen en duda si realmente se respeta la dignidad de la mujer o la subordina a fines ajenos, exacerbando desigualdades y perpetuando roles de género tradicionales.

Precisamente, esta es una de las críticas más significativas planteadas por movimientos feministas influyentes, como "No Somos Vasijas", que denuncia la explotación y mercantilización del cuerpo femenino a través de esta práctica¹⁶⁸. El movimiento rechaza todo tipo de regulación (comercial o altruista), pues consideran que cualquier forma de legislación fomentaría el "turismo reproductivo" y legitimaría la comercialización de la capacidad reproductiva de las mujeres (Miyares, 2018). El colectivo sostiene que es una forma de explotación reproductiva y una extensión del control patriarcal sobre el cuerpo de las mujeres, vulnerando su dignidad y sus derechos humanos al reducirlos a meros instrumentos.

Existe gran complejidad en equilibrar el respeto por la capacidad de decisión de las mujeres con la protección contra formas sutiles de explotación. Ahora bien, frente a este contexto se han desarrollado diferentes propuestas que buscan explicar el referido impacto que se produce en las mujeres gestantes dentro de una sociedad, destacándose entre ellas la tesis de la asimetría desarrollada por Pateman y Zats.

La tesis de la asimetría permite comprender el impacto social de la maternidad subrogada, al señalar que este tipo de contrato son inherentemente problemáticos debido a una marcada desigualdad de género. Pateman, al desarrollar esta tesis, sostiene que es incorrecto imponer límites al mercado basándose únicamente en la

¹⁶⁷ Elizabeth Anderson señala que la industria de la maternidad subrogada tiende a suprimir y trivializar la perspectiva autónoma de las gestantes, describiéndolas como objetos inanimados, como "criaderos" o "propiedad alquilada". Esta práctica revela una preocupante objetivación de sus cuerpos y experiencias, tratándolas como meros objetos sin emociones que podrían tener reclamos (1990, p. 83). Tal deshumanización se refleja en la falta de empatía por las secuelas emocionales y psicológicas que las gestantes pueden experimentar, particularmente al verse obligadas a separarse del bebé.

¹⁶⁸ "No Somos Vasijas" fue creada con el objetivo de ser una voz crítica y fundamentada contra la creciente aceptación social de la maternidad subrogada en España, práctica que consideran erróneamente llamada "gestación subrogada" o "gestación por sustitución". El movimiento plantea que la maternidad subrogada es, en esencia, un medio contractual para acceder a un recién nacido, convirtiéndolo en objeto. Consideran que, mediante acuerdos económicos, se persigue la obtención de un bebé, lo que estiman como un acto de explotación y cosificación tanto del cuerpo femenino como del menor. En última instancia, el movimiento lucha contra esta industria reproductiva que convierte los procesos de gestación y nacimiento en un negocio altamente lucrativo (Hidalgo, 2018).

naturaleza del trabajo¹⁶⁹; pues, la asimetría debe analizarse a partir de las desigualdades mismas que genera. Así, los fundamentos de esta tesis se orientan hacia factores externos y no por razones intrínsecas o esencialistas (Balaguer, 2017, p. 182). Para esta tesis, el contrato de embarazo valida las relaciones sociales asimétricas de jerarquía y desigualdad de género existentes en las sociedades.

Debra Satz resalta que en las sociedades contemporáneas este tipo de contratos transforma el trabajo de la mujer a uno que puede ser utilizado y controlado por terceros, reforzando estereotipos de género que históricamente han justificado la desigualdad de la mujer (2015, p. 174). De ahí que, la tesis de la asimetría identifica tres factores en que los contratos perpetúan el estatus desigual de las mujeres.

En primer lugar, se otorga a otros control sobre el cuerpo y la sexualidad de la mujer, lo cual perpetúa estructuras de desigualdad basadas en la pertenencia a un grupo¹⁷⁰. La cuestión central radica en que se permite que alguien controle el cuerpo de una mujer en una sociedad donde históricamente los intereses de las mujeres han sido subordinados, especialmente en temas de sexualidad y reproducción. Aunque algunos teóricos del mercado sostienen que los contratos de embarazo pueden regularse como cualquier otro contrato laboral para proteger a la autonomía, la naturaleza de estos acuerdos implica necesariamente una invasión del cuerpo de la gestante, sin importar las garantías formales (Satz, 2015, pp. 175-176). Después de todo, el propósito de estos acuerdos es asegurar el nacimiento de un niño sano, lo que conlleva una vigilancia estricta sobre el comportamiento de la mujer gestante.

En segundo lugar, esta práctica refuerza estereotipos negativos al reducir la imagen de la mujer a una “máquina de hacer bebés”. Los estereotipos son el conjunto de creencias que asignan características uniformes a todos los miembros de un grupo

¹⁶⁹ La autora hace referencia a una concepción esencialista, rechazando el uso de un argumento teleológico (revisar “*Il.l. Argumento teleológico sobre la maternidad subrogada*” supra).

¹⁷⁰ Existe una diferencia fundamental entre el varón que dona material genético para una inseminación artificial por donante (IAD) y la mujer que firma un contrato de gestación. En el caso de la IAD, no se otorga control alguno sobre el cuerpo o la sexualidad del hombre; él únicamente vende un producto derivado de su cuerpo sin ceder control sobre este. En cambio, los contratos de gestación conllevan un control significativo sobre el cuerpo de la mujer, estableciendo acuerdos sobre tratamientos médicos, condiciones para un eventual aborto y regulaciones emocionales. Por ejemplo, en el caso del “*Baby M*”, descrito en el primer capítulo, Mary Beth accedió a no formar vínculos con el bebé, a no fumar, a no consumir alcohol ni medicamentos sin autorización médica y a interrumpir el embarazo si el padre biológico lo solicitaba en caso de detectar defectos genéticos o congénitos (Satz, 2015, p. 175).

específico. Aunque algunos estereotipos pueden tener cierta base empírica, su esencia radica en ser auto confirmatorios: nuestras expectativas y creencias influyen en que los individuos se ajusten a estos esquemas¹⁷¹ (Satz, 2015, p. 177). Por consiguiente, si la práctica de la gestación subrogada se populariza, esto podría impactar en la autoimagen que las mujeres en general tienen de sí mismas.

En tercer lugar, la maternidad está definida mayormente en términos genéticos, minimizando el valor del proceso gestacional. Los fallos judiciales suelen basar la paternidad y maternidad en la contribución genética, lo que refleja un trato desigual, ya que omiten el rol exclusivo de la mujer en la gestación. Al equiparar los derechos y aportes de la mujer con los del hombre sin reconocer sus diferencias, los tribunales no proporcionan un fundamento que considere adecuadamente los derechos y necesidades femeninas (Satz, 2015, pp. 178-179). En la jurisprudencia peruana, conforme se ha desarrollado en el primer capítulo, se da cuenta que también existe una priorización de la contribución genética¹⁷².

La tesis de la asimetría muestra cómo los contratos de gestación pueden intensificar la desigualdad de género, convirtiéndose en problemática por el impacto simbólico en la mujer gestante. La mercantilización del trabajo reproductivo refuerza jerarquías tradicionales y estereotipos de género, incluso bajo marcos contractuales formalmente igualitarios (Satz, 2015, pp. 178-179). Aunque podría proponerse una regulación, las desigualdades estructurales subyacentes hacen que estos contratos resulten cuestionables. En definitiva, la crítica más sólida desde esta perspectiva radica en su impacto en la igualdad de género, ya que perpetúan la subordinación de las mujeres y el control histórico sobre su sexualidad y capacidad reproductiva.

En conclusión, la maternidad subrogada plantea un debate complejo en el Perú, con profundas implicaciones simbólicas tanto para la sociedad en general como para las

¹⁷¹ Por ejemplo, en décadas pasadas, para un hombre afroamericano, invertir en su educación y en capital humano puede parecer poco razonable si anticipa que sus empleadores no lo recompensarán por ello. Así también, a inicios del siglo XX, muchas mujeres en los Estados Unidos no aspiraban a ser médicas; sus metas estaban moldeadas tanto por las oportunidades disponibles como por las expectativas que ellas y la sociedad mantenían respecto a su papel en el hogar (Satz, 2015, p. 177).

¹⁷² En los casos de maternidad subrogada, la jurisprudencia peruana también ha favorecido predominantemente a los padres de intención, sustentándose en el interés superior del niño (véase la tabla 4). No obstante, si en un futuro una madre gestante desea conservar la custodia del menor que alumbró, esta inclinación judicial podría llevar a que pierda sus derechos parentales, ya que no tendría vínculo genético con el menor. Esta tendencia refleja una carga adicional sobre las mujeres y subraya la necesidad urgente de un sistema de justicia preparado y capacitado.

mujeres. A nivel social, la influencia de la Iglesia Católica y los valores tradicionales crean una división entre visiones conservadoras que rechazan la práctica y enfoques progresistas que abogan por su regulación. En cuanto a la mujer gestante, surge una tensión entre autonomía e instrumentalización. La tesis de la asimetría subraya que estos contratos perpetúan desigualdades de género de tres formas principales: otorgando a terceros el control del cuerpo femenino, reforzando estereotipos que reducen a la mujer a un "medio de reproducción" y minimizando el valor del proceso gestacional en favor de la contribución genética.

El impacto simbólico de la maternidad subrogada no es lineal ni exclusivamente positivo o negativo, sino que refleja las tensiones de una sociedad en constante transformación, donde avances tecnológicos y nuevas posibilidades reproductivas desafían valores arraigados. El sistema de justicia peruano, debe equilibrar los aspectos técnicos con las dimensiones simbólicas y culturales, promoviendo una práctica que respete la diversidad de valores sin imponer un solo punto de vista moral o cultural. El impacto final dependerá, en gran medida, de cómo se establezcan y apliquen las normas que regulen esta práctica.

II. IV. Conclusiones

Se han evaluado las problemáticas relacionadas con la maternidad subrogada desde un enfoque bioético-jurídico que va más allá de los principios clásicos de la bioética, incorporando directrices como la autonomía relacional, la interseccionalidad, los mercados nocivos, entre otras. De este análisis se desprenden las siguientes conclusiones:

- El argumento teleológico sostiene que la maternidad tiene un propósito intrínseco que se ve degradado cuando se convierte en una transacción comercial. Sin embargo, desde la bioética de mínimos, que evita enfoques esencialistas, este argumento carece de solidez, pues no respeta la autonomía individual ni reconoce la diversidad moral de sociedades plurales como la peruana. Este enfoque prioriza el consentimiento informado, la protección contra la explotación y la adecuación a los avances reproductivos. Por tanto, el argumento teleológico no debe ser determinante en regulaciones ni decisiones judiciales, al carecer de fundamentos compatibles con un marco bioético respetuoso de los derechos fundamentales.

- El argumento sobre los derechos del sujeto por nacer en la maternidad subrogada advierte posibles afectaciones a su dignidad, identidad y bienestar, señalando riesgos como la cosificación o la instrumentalización. Sin embargo, desde una perspectiva bioético-jurídica, estos temores se rebaten al reafirmar que el niño es siempre sujeto de derechos, no objeto de apropiación, y que la práctica puede ser ética si se garantiza su interés superior mediante principios como la beneficencia y la no maleficencia. No obstante, este argumento evidencia desafíos reales que deben ser atendidos, como el derecho a conocer los orígenes genéticos frente al anonimato de los donantes, siendo vital su consideración en regulaciones para asegurar una protección efectiva de los niños y niñas nacidos mediante esta técnica.
- El argumento sobre la libertad efectiva de la mujer gestante en la maternidad subrogada se basa en la tensión entre la autonomía y la posibilidad de explotación, especialmente en contextos de vulnerabilidad. Desde la bioética jurídica, este dilema debe abordarse desde un enfoque de autonomía relacional, justicia e interseccionalidad, considerando que las condiciones sociales pueden limitar una elección realmente libre. Por ello, toda regulación, investigación o decisión judicial debe asegurar que la mujer reciba información completa y protección frente a presiones indebidas, de modo que su decisión sea genuinamente libre y respetuosa de su dignidad.
- El argumento de la explotación mutuamente ventajosa sostiene que una relación puede ser éticamente cuestionable incluso si ambas partes se benefician. Desde una perspectiva bioético-jurídica, persisten preocupaciones serias, ya que las gestantes asumen los principales riesgos mientras que terceros, como las agencias de fertilidad, obtienen la mayor parte de los beneficios. Este desequilibrio revela que, en su forma actual, la subrogación comercial tiende más hacia la explotación que al beneficio mutuo. Por ende, debe ser abordado mediante una regulación y supervisión estricta o en su defecto prescindirse totalmente de estos intermediarios, garantizando así prácticas más justas y respetuosas de los derechos de las mujeres.
- El argumento sobre el impacto simbólico de la maternidad subrogada en la sociedad revela tensiones entre concepciones tradicionales sobre la maternidad y el rol de la mujer. Por un lado, sectores religiosos, como la Iglesia

Católica, la rechazan por considerarla contraria a la dignidad humana; sin embargo, desde una perspectiva bioético-jurídica, las regulaciones deben basarse en derechos humanos, no en concepciones moralistas o esencialistas, lo que invalida este argumento. Por otro lado, la tesis de la asimetría sugiere que estos acuerdos perpetúan desigualdades de género al reforzar estereotipos sobre la mujer como medio reproductivo. En un país como el Perú, con alta vulnerabilidad social y riesgos de explotación, este argumento es el más contundente y debe ser considerado en cualquier regulación o decisión jurídica sobre la subrogación.

Finalmente, he considerado estas cinco principales problemáticas en torno a la maternidad subrogada porque reflejan con claridad los dilemas jurídicos, éticos y sociales que enfrentan jueces, legisladores, académicos, estudiantes de derecho y demás actores interesados en comprender esta práctica. Por ello, antes de abordar lineamientos y directrices, resultó esencial identificar y ordenar los principales argumentos que sustentan las distintas posturas. Este mapeo preliminar permite despejar el debate de prejuicios o valoraciones morales subjetivas, estableciendo una base analítica sólida desde la cual examinar las diversas aristas del fenómeno.

En la realidad, tanto jueces y juezas al resolver controversias, como legisladores al diseñar normas, o investigadores y estudiantes en su labor académica, se enfrentan a dilemas complejos: desde la posible cosificación del menor y la autonomía limitada de la mujer gestante, hasta los efectos simbólicos que la subrogación. Frente a estos retos, es imperativo apartarse de concepciones moralistas o esencialistas y adoptar un enfoque basado en principios constitucionales y bioéticos, que permita una respuesta jurídica coherente con un Estado democrático y pluralista, atento tanto a los avances reproductivos como a los riesgos de vulnerabilidad.

El análisis de estas problemáticas permite concluir que, si bien ciertos argumentos podrían justificar restricciones, otros exigen atención mediante mecanismos de protección adecuados. Por ello, el debate no debe reducirse a prohibir o permitir la práctica, sino centrarse en asegurar que se respete la dignidad y se protejan los derechos de la mujer gestante, así como de los menores concebidos. En contextos tan complejos, la ausencia de regulación puede resultar más perjudicial que una

normativa cuidadosamente diseñada, especialmente en un ámbito donde confluyen realidades sociales, avances tecnológicos y situaciones de vulnerabilidad.

En síntesis, estas problemáticas plantean desafíos concretos que requieren lineamientos claros de evaluación. Este análisis nos conduce a la siguiente y última sección, donde, con una comprensión sólida de esta práctica y desde la perspectiva bioético-jurídica, se propondrán criterios que orienten un enfoque constitucional adecuado que sirva como guía para la interpretación, aplicación y eventual regulación de la maternidad subrogada en el Perú.

III. Lineamientos o directrices para el tratamiento jurídico de la maternidad subrogada en el sistema de justicia peruano

A lo largo de esta investigación, se ha contextualizado la situación de la maternidad subrogada en el Perú, evidenciando la necesidad de establecer lineamientos claros que orienten su tratamiento jurídico y bioético. Con el fin de evitar análisis dispersos que dificulten una adecuada comprensión del fenómeno, considero necesario establecer una división metodológica en dos momentos clave: antes del nacimiento (*ex ante*) y después del mismo (*ex post*)¹⁷³.

Esta aproximación metodológica bifásica permite abordar de forma estructurada las múltiples aristas involucradas y evitar que el debate se desvíe hacia discusiones generales –como la licitud de la maternidad subrogada en abstracto– que, si bien son relevantes, pueden opacar los derechos concretos en juego¹⁷⁴. Por ello, esta propuesta busca ofrecer una herramienta útil para todos los operadores jurídicos, legisladores, académicos y personas interesadas, a fin de contribuir a una regulación y aplicación más coherente y centrada en la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas involucradas.

¹⁷³ Esta aproximación bifásica se plantea debido a que, en muchas ocasiones, abordar la maternidad subrogada como un fenómeno global puede resultar abrumador, ya que la multiplicidad de aristas involucradas tiende a complicar y desviar el análisis del caso concreto que se debe resolver.

¹⁷⁴ Un ejemplo claro de esta dispersión se evidencia en el caso aún pendiente ante el Tribunal Constitucional (Exp. N° 01367-2019-PA/TC), en el que Carmen López y Nilton Zamudio solicitaron la rectificación del acta de nacimiento de la menor L.V.Z.P. Durante la audiencia pública del 24 de julio de 2024, con la participación de diversos *amicus curiae*, el debate se enfocó en la discusión general sobre la validez o prohibición de la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano. Desviando la atención del problema específico planteado en el proceso: la inscripción de la menor, evidenciando cómo el abordaje global del tema puede desplazar el análisis del caso concreto que debe resolverse.

Por un lado, la fase *ex ante* comprende el período inicial de la subrogación donde se configura el acuerdo de gestación subrogada, incluyendo aspectos fundamentales como la evaluación de la libertad efectiva de la gestante, las condiciones del acuerdo, entre otros¹⁷⁵. Por su parte, la fase *ex post* abarca las situaciones que emergen tras el alumbramiento, donde se concentran la mayoría de los conflictos que llegan a las instancias judiciales, como la inscripción del menor, determinación de la filiación, etc.

En consecuencia, los lineamientos que se desarrollan a continuación se organizan en dos momentos metodológicos: criterios de evaluación *ex ante*, enfocados en el análisis de la validez de los acuerdos antes del nacimiento; y criterios de evaluación *ex post*, enfocados en la resolución de controversias surgidas tras el nacimiento. Cabe señalar que estos lineamientos no pretenden suplir la urgente necesidad de una regulación legislativa integral, pero sí proporcionar herramientas útiles para jueces, legisladores, académicos y demás personas interesadas en abordar este fenómeno desde una perspectiva jurídica, bioética y social. Su propósito es brindar una guía clara, ordenada y de fácil comprensión para atender las distintas problemáticas que plantea la maternidad subrogada en el contexto peruano.

III.I. Criterios de Evaluación *Ex Ante*

En esta sección, se presentan los lineamientos referentes a la etapa *ex ante* por medio de tres pilares esenciales. Estos son: la determinación de la libertad efectiva de la mujer gestante, la evaluación de la equidad en el acuerdo de subrogación, y la resolución de los conflictos bioéticos y sus implicancias jurídicas. Estos criterios proporcionan un marco estructurado que permitirá realizar una evaluación integral y garantizar la coherencia y legitimidad de los acuerdos.

III.I.I. Determinación de la libertad efectiva de la mujer gestante

Al evaluar y resolver casos relacionados con la maternidad subrogada se enfrenta el

¹⁷⁵ En lo que respecta a la etapa *ex ante*, resulta más complejo identificar registros que den cuenta del modo en que se ha llevado a cabo el acuerdo de gestación subrogada en la práctica. Como se ha señalado previamente, en muchos casos intervienen agencias que actúan como intermediarias, o bien, las mujeres gestantes se encuentran en una situación de vulnerabilidad que limita su acceso al sistema jurídico. En consecuencia, la supervisión y fiscalización del proceso de gestación por sustitución, con el fin de garantizar que no se vulneren los derechos de las partes en condición de mayor vulnerabilidad, representa un desafío significativo. Es probable que muchas gestantes subrogadas en estas circunstancias opten por resignarse a su situación sin buscar asistencia legal, lo que dificulta aún más la detección y prevención de posibles vulneraciones de derechos.

reto de evaluar la vulnerabilidad potencial de la mujer gestante, el riesgo de explotación y la posibilidad de un consentimiento viciado en los acuerdos. Para ello, es fundamental adoptar un enfoque de autonomía relacional que considere factores socioeconómicos que puedan condicionar la libertad de elección de la gestante. En atención a lo desarrollado en el apartado II.III., sobre la libertad efectiva de la mujer gestante, se establecen los siguientes criterios bioético-jurídicos que se deben valorar para la resolución de estos casos.

1. Evaluación individualizada de la autonomía de la mujer gestante

- Realizar un análisis caso por caso que permita verificar la voluntariedad del consentimiento en la aceptación del acuerdo de subrogación.
- Asegurar que la decisión de la mujer gestante cumpla con los criterios de intencionalidad, comprensión y ausencia de control externo, según los postulados de Beauchamp y Childress.
- Asegurar que la mujer gestante haya recibido información integral, clara y comprensible sobre todos los aspectos del proceso, incluyendo los riesgos médicos, las implicaciones emocionales y las consecuencias legales del embarazo y la entrega del menor.
- Evaluar el contexto socioeconómico de la gestante, analizando si su decisión está condicionada por presiones económicas, familiares o sociales que puedan afectar su libre consentimiento.
- Considerar posibles barreras de comunicación o educativas que incidan en la calidad del consentimiento otorgado.
- Evaluar si existen desigualdades estructurales que puedan restringir la capacidad de decisión de la mujer gestante.
- Verificar que la gestante haya contado con asesoría legal y psicológica independiente antes de suscribir el acuerdo de subrogación.

2. Incorporación de la autonomía relacional y la interseccionalidad en la valoración del consentimiento

- Reconocer que las decisiones no se toman en aislamiento, sino en un contexto social que influye en la percepción de la libertad de elección.

- Evaluar la capacidad real de autodeterminación de la gestante, considerando factores económicos, culturales y expectativas sociales que puedan condicionar o influir en su decisión.
- Examinar si la subrogación es una verdadera opción o una necesidad impuesta por circunstancias adversas.
- Considerar la disponibilidad de alternativas económicas y oportunidades para la gestante, así como su acceso equitativo a derechos esenciales como educación, salud y empleo.
- Analizar cómo factores tales como la clase social, etnia, nivel educativo y condición económica pueden incidir en la decisión de la mujer gestante.

3. Aplicación del principio de justicia en la distribución de riesgos y beneficios

- Evaluar si los contratos de subrogación garantizan un trato equitativo y evitan condiciones abusivas para la mujer gestante.
- Garantizar la protección de la salud física y emocional de la mujer gestante, asegurando su acceso a atención médica integral.
- Proteger sus derechos laborales y sociales durante y después del proceso de subrogación.
- Verificar que la compensación recibida sea justa y proporcional, evitando situaciones de explotación económica.
- Asegurar que el proceso de subrogación no perpetúe desigualdades socioeconómicas ni afecte desproporcionadamente a grupos vulnerables.

4. Garantizar el respeto a la salud sexual y reproductiva de la mujer

- Proteger su integridad física y emocional en todas las etapas del proceso.
- Garantizar el respeto a su derecho a tomar decisiones libres sobre su reproducción.
- Evaluar si existen restricciones contractuales que limiten de manera excesiva su autonomía corporal o impongan condiciones médicas sin su consentimiento informado.
- Exigir la implementación de planes de apoyo psicológico y cobertura médica integral antes, durante y después del proceso de subrogación.

5. Prevención de la instrumentalización de la mujer gestante

- Evaluar si la gestante ha sido tratada a lo largo del proceso como un fin en sí misma y no únicamente como un medio para la reproducción, garantizando el reconocimiento pleno de sus derechos.
- Verificar que las condiciones contractuales, de existir, salvaguarden su dignidad y capacidad de agencia.
- Identificar y prevenir potenciales situaciones de explotación económica.

6. Garantizar mecanismos de control y supervisión judicial

- Implementar mecanismos de evaluación para analizar las condiciones de los acuerdos de subrogación y su ejecución en cada caso.
- Exigir la existencia de protocolos médicos, psicológicos y jurídicos que respalden la decisión de la mujer gestante.
- Promover auditorías y supervisión de agencias de subrogación para prevenir abusos y garantizar prácticas éticas.
- Considerar no solo los aspectos legales, sino también los bioéticos.
- Analizar el impacto a largo plazo en el bienestar de la mujer gestante.
- En ausencia de normativa específica, resolver en favor de la protección de la gestante cuando existan indicios de presión indebida o vulnerabilidad extrema.

Estos lineamientos buscan garantizar que las decisiones en materia de maternidad subrogada se alineen con principios bioéticos-jurídicos, asegurando una protección efectiva de la dignidad, autonomía y derechos de las mujeres gestantes. La maternidad subrogada plantea desafíos complejos que exigen una evaluación integral de las condiciones en que se otorga el consentimiento, evitando que esta práctica perpetúe desigualdades estructurales o genere situaciones de explotación¹⁷⁶. Se debe procurar no solo resolver casos individuales, sino también contribuir a la

¹⁷⁶ Lo expuesto se encuentra en consonancia con la teoría de Debra Satz sobre mercados nocivos, la cual enfatiza la necesidad de protección frente a la vulnerabilidad de la gestante. En este sentido, los mercados de subrogación pueden propiciar situaciones de explotación, particularmente en el caso de mujeres en condiciones de pobreza o exclusión social, quienes podrían verse obligadas a participar en estos acuerdos ante la falta de alternativas viables. Para un análisis más detallado de los planteamientos de Satz, se recomienda consultar la sección “III. Fundamentos y consecuencias de los mercados nocivos en la maternidad subrogada”, ubicada en el segundo capítulo.

construcción de un marco regulatorio que respete la autonomía de las mujeres sin comprometer su bienestar ni sus derechos fundamentales.

III.I.II. Evaluación de la equidad en el acuerdo de subrogación

Así también, se enfrenta el desafío de evaluar posibles contratos desbalanceados en beneficio de los comitentes y la intervención de agencias intermediarias sin regulación. En este contexto, resulta esencial que se reduzcan las asimetrías de poder entre las partes y prevengan la explotación de la mujer gestante. En concordancia con lo desarrollado en el apartado II.IV., relativo a la explotación mutuamente ventajosa, se establecen los siguientes criterios bioético-jurídicos.

1. Evaluación del consentimiento informado y libre de coacción

- Verificar que la gestante haya otorgado su consentimiento de manera libre e informada y no bajo presión, coerción o engaño por parte de los comitentes o agencias intermediarias.
- Verificar la comprensión de la gestante sobre los riesgos y consecuencias.
- Exigir que los contratos incluyan información detallada sobre los riesgos físicos y psicológicos, tanto durante la gestación como después del parto.
- Determinar si la decisión fue resultado de una elección libre de presiones externas o de una necesidad económica ante la ausencia de alternativas viables, aprovechándose de la vulnerabilidad de la gestante.
- Verificar que la gestante haya recibido asesoramiento legal y psicológico independiente antes de firmar el contrato.

2. Regular la participación de las agencias de fertilidad

En los casos en que intervengan agencias intermediarias, se debe verificar que no existan prácticas abusivas y asegurar una distribución equitativa de la compensación. Para ello, se recomienda implementar las siguientes medidas:

- Exigir protocolos de acompañamiento y apoyo postparto para la gestante, especialmente en casos de complicaciones médicas o pérdida del bebé.

- Evaluar la equidad en la compensación económica, asegurando que la remuneración no sea desproporcionadamente baja en relación con el riesgo asumido por las gestantes.
- Transparentar los costos y pagos de los acuerdos, verificando su impacto en el nivel socioeconómico de la gestante antes y después del contrato.
- Examinar críticamente el rol de las agencias de subrogación y supervisar el cumplimiento de principios éticos y jurídicos, evitando prácticas coercitivas o manipuladoras¹⁷⁷.

3. Aplicar un enfoque basado en los principios bioéticos

- Autonomía: Verificar si la gestante cuenta con alternativas viables distintas a la subrogación y si su decisión se basa en una deliberación informada (véase III.I.I. "Determinación de la Libertad Efectiva de la Mujer Gestante").
- Beneficencia y no maleficencia: Evaluar si los riesgos físicos y psicológicos para la gestante han sido minimizados y si recibe una protección adecuada, asegurando que el acuerdo realmente le represente un beneficio.
- Justicia: Garantizar que la compensación económica y las condiciones del acuerdo sean equitativas, evitando asimetrías de poder que perjudiquen a la gestante. En caso de disputas contractuales, analizar si la compensación acordada fue proporcional al riesgo asumido.

4. Consideración del equilibrio en la distribución de riesgos y beneficios

- Evaluar si los riesgos físicos y emocionales que asume la gestante son compensados de manera proporcional y no haya restricciones excesivas sobre su autonomía corporal.
- Examinar el impacto económico y social del acuerdo en la vida de la gestante, verificando si este contribuyó efectivamente a mejorar su calidad de vida o si, por el contrario, generó perjuicios no compensados.
- Asegurar que la remuneración (cuando corresponda) sea justa y no constituya una forma encubierta de compraventa de menores.

¹⁷⁷ Al respecto, Satz sostiene que la participación de agentes intermediarios en los contratos de gestación subrogada debería prohibirse. Esta medida tendría como finalidad desincentivar la práctica del embarazo por contrato y reforzar la posición de la gestante, quien, en estos acuerdos, se encuentra en una situación de mayor vulnerabilidad tanto económica como emocional (Satz, 2015, p. 180).

- Asegurar que los acuerdos contemplen mecanismos de protección social, médica y psicológica que garanticen la seguridad de la gestante durante y después del proceso.

5. Adoptar un enfoque de paternalismo blando cuando sea necesario

En ausencia de una normativa específica, se debe analizar si la falta de regulación favorece situaciones de explotación y desprotección. Para ello, se sugiere:

- Intervenir cuando existan dudas sobre la plena libertad o información del consentimiento de la gestante, con el fin de protegerla de decisiones potencialmente perjudiciales.
- Evaluar la necesidad de una intervención estatal para limitar la autonomía de elección en casos donde ello sea imprescindible para evitar daños.
- Establecer mecanismos de seguimiento post proceso para documentar y analizar los impactos a largo plazo en la gestante.
- En casos en que se compruebe explotación, considerar la nulidad del contrato sin afectar la filiación del niño.

La evaluación de la equidad en los acuerdos de subrogación exige un enfoque integral que armonice el respeto por la autonomía de la mujer gestante con la protección contra posibles formas de explotación. Si se verifica una situación de explotación por vulnerabilidad, el contrato debería ser considerado inválido o revisado en favor de la gestante. Los criterios aquí expuestos buscan dotar de herramientas para garantizar decisiones justas, fundamentadas en principios bioéticos y orientadas a preservar la dignidad de la gestante. De este modo, se favorece un modelo en el que los derechos de la gestante sean protegidos con la misma rigurosidad que los de los comitentes y el sujeto por nacer, garantizando así decisiones coherentes con los principios de dignidad y equidad.

III.I.III. Evaluación de los conflictos bioéticos y sus implicancias jurídicas

Así también, se deben considerar los dilemas bioéticos que surgen en torno a la reproducción asistida y su impacto en los derechos de las partes involucradas. Estos conflictos aparecen en la fase previa al nacimiento, es decir, durante la planificación y el desarrollo del embarazo. La ausencia de regulación específica en muchos

sistemas jurídicos exige una interpretación judicial basada en principios bioéticos y jurídicos, lo que influirá en la resolución de futuros litigios. Con el fin de proporcionar una guía estructurada, se presentan los siguientes lineamientos.

1. Reducción embrionaria y aborto selectivo

En caso de gestación múltiple, la reducción embrionaria puede ser una necesidad médica para disminuir los riesgos asociados tanto para la mujer gestante como para los fetos en desarrollo. Esta situación, derivada del uso de técnicas de reproducción asistida, implica decidir la interrupción selectiva de uno o más embriones. Sin embargo, esta práctica genera serios conflictos éticos y jurídicos, ya que no solo implica la terminación deliberada de embriones implantados, sino que este procedimiento también contrasta con el objetivo inicial, que es concebir (Luna, 2008, p. 38). Entonces, se deben evaluar los siguientes factores:

- Autonomía de la gestante sobre su propio cuerpo y el curso del embarazo.
- Voluntad de los comitentes y su influencia en la decisión de reducir el número de embriones implantados.
- Seguimiento médico riguroso y un consentimiento informado adecuado que garantice la protección de la mujer ante posibles efectos adversos, como complicaciones ováricas o síntomas secundarios.
- Intervención médica necesaria frente a los derechos del embrión y del feto en desarrollo.

2. Problemas eugenésicos y diagnóstico genético preimplantatorio

El uso del diagnóstico genético preimplantatorio permite seleccionar embriones con determinadas características genéticas, lo que podría derivar en prácticas eugenésicas. Por ello, es importante distinguir entre fines terapéuticos y eugenésicos. Una técnica es terapéutica cuando busca corregir una enfermedad, una condición física grave o una malformación, mientras que es eugenésica cuando se emplea para seleccionar características del sujeto por nacer, como sexo, color de ojos, estatura o

coeficiente intelectual. Esta distinción permite evaluar la aceptabilidad de cada caso¹⁷⁸ (Luna, 2008, p. 39). Así, se debe considerar:

- Establecer límites éticos a prácticas eugenésitas en la selección de embriones, rechazando cualquier práctica de discriminación.
- Analizar el impacto en el derecho a la identidad de los futuros niños y niñas nacidos por estas técnicas.
- Relación con la dignidad humana y la no instrumentalización del embrión.

3. Destino de los embriones supernumerarios

En los procesos de reproducción asistida, crear embriones supernumerarios es una práctica común. La decisión sobre su destino plantea conflictos bioéticos y jurídicos, especialmente cuando no existe regulación clara¹⁷⁹. Estas problemáticas están vinculadas a los posibles límites o afectaciones al bienestar de las mujeres en favor de la protección del embrión¹⁸⁰ (Luna, 2008, p. 52). Por lo que se debe analizar:

- Opciones disponibles: descarte, criopreservación, donación a terceros o utilización en investigación científica.
- Derechos de los progenitores genéticos sobre la disposición de los embriones.
- Impacto emocional y psicológico en la mujer gestante, especialmente si no logra quedar embarazada posteriormente, y en los progenitores genéticos.
- Posible imposición de una obligación de donar, que podría vulnerar la autonomía de los involucrados.

4. Terminología utilizada y sus implicancias jurídicas

El uso de términos como "adopción prenatal" en la donación de embriones puede generar confusión en la interpretación legal de la filiación, ya que sugiere una

¹⁷⁸ Por ejemplo, recurrir a un donante para evitar la transmisión de una enfermedad genética grave, como la Corea de Huntington, se podría entender e incluso aceptar sin cuestionamientos. Por lo contrario, esto difiere de seleccionar un donante con determinadas características físicas o intelectuales para controlar la "calidad" del niño, como un instrumento para elegir y crear niños a gusto del consumidor (Luna, 2008, p. 39). De ahí que es importante analizar estos casos con detenimiento.

¹⁷⁹ Una muestra clara de ello puede ser el rechazo a la criopreservación de embriones, la posible obligación de donarlos o la paradoja de aceptar el diagnóstico genético preimplantatorio mientras se rechaza el descarte de embriones (Luna, 2008, p. 52).

¹⁸⁰ Asimismo, cabe destacar que para el éxito de técnicas de reproducción, como la fecundación in vitro, se suele requerir múltiples ciclos para lograr un embarazo (Luna, 2008, p. 52). Ello evidencia el esfuerzo físico y emocional que enfrenta la mujer gestante en estos procedimientos.

adopción propiamente dicha cuando en realidad se trata de una donación. Este término sugiere una condición de "orfandad" de los embriones, que no se condice con su estatus jurídico y llevaría a contradicciones conceptuales, como la posibilidad de criopreservar personas. Dado su carácter problemático, esta terminología debería ser reconsiderada (Luna, 2008, pp. 53-54). Se debe tener presente:

- Diferenciación clara entre adopción y gestación subrogada, evitando confusiones en la construcción de precedentes judiciales.
- Evaluar el impacto de la terminología en la interpretación y aplicación de las normas vigentes.
- Protección de la identidad y filiación del menor nacido mediante subrogación.

El análisis de estos criterios pone de manifiesto los diversos conflictos bioéticos que pueden surgir en los casos de maternidad subrogada. Sin embargo, es fundamental destacar que estos representan solo algunos de los desafíos que actualmente se enfrentan. Con el avance de la ciencia y el desarrollo de nuevas tecnologías reproductivas, surgirán problemáticas nuevas que requerirán una evaluación en la misma línea aquí expuesta, garantizando la protección de los derechos y la dignidad de las personas desde una perspectiva tanto jurídica como bioética integral.

En este contexto, la evaluación no debe limitarse únicamente a la aplicación de los principios jurídicos, sino también considerar los principios bioéticos analizados en la presente tesis. En concordancia con la división metodológica planteada para esta sección, ya se ha examinado la etapa previa al nacimiento (fase *ex ante*) dentro de esta aproximación bifásica. En consecuencia, corresponde ahora evaluar las situaciones que emergen tras el alumbramiento, fase en la que se concentran la mayoría de los conflictos que llegan a las instancias judiciales (fase *ex post*).

III.II. Criterios de Evaluación *Ex Post*

En esta etapa *ex post*, los casos que se presentan suelen ingresar con frecuencia al sistema judicial, por lo que los jueces y juezas desempeñan un rol fundamental en la resolución de estas controversias. Por ello, este apartado se centra especialmente en el sector judicial, sin perjuicio de que los criterios aquí propuestos también resulten útiles para legisladores, académicos, estudiantes y demás actores interesados en comprender, regular e investigar adecuadamente esta práctica.

En el contexto de la maternidad subrogada, la justicia constitucional adquiere especial relevancia al definir derechos y principios fundamentales, lo que exige una adecuada valoración por parte del sistema judicial. Como señala Ferrajoli, en las democracias avanzadas, la jurisdicción desempeña un papel cada vez más amplio¹⁸¹ (como se citó en Villanueva, 2008, pp. 31-32). Sin embargo, la indeterminación de las normas plantea desafíos significativos para la justicia constitucional. Adicionalmente a ello, la falta de una regulación específica en el Perú hace necesario establecer criterios claros que permitan a los jueces y juezas evaluar la validez y legitimidad de los acuerdos de subrogación.

En principio, la aplicación de principios constitucionales requiere el uso de técnicas como la ponderación, que se erige como una herramienta esencial para resolver conflictos entre principios cuando no existe una jerarquía explícita en la Constitución¹⁸² (Villanueva, 2008, p. 33). No obstante, esta técnica no está exenta de riesgos, pues la discrecionalidad de los magistrados puede derivar en subjetivismo judicial.

Así pues, la complejidad en toda evaluación radica en la interpretación de las normas jurídicas. Guastini afirma que la interpretación judicial no es solo una tarea técnica, sino un acto de decisión en el que el juez elige entre diversas posibilidades normativas dentro de un marco de principios constitucionales (como se citó en Villanueva, 2008, p. 31). En consecuencia, la labor judicial no solo implica aplicar el derecho, sino también asumir una función interpretativa que, dentro de los límites constitucionales, conlleva un margen inevitable de discrecionalidad.

¹⁸¹ La naturaleza general de los enunciados constitucionales implica que, al aplicar directamente los derechos constitucionales, los jueces cuentan con un amplio margen de actividad reguladora. Por este motivo, estos derechos pueden considerarse, en gran medida, como derechos jurisdiccionales. Esta labor no se limita únicamente a los tribunales o salas especializadas, sino que también involucra a los jueces ordinarios que conocen los casos en primera instancia y deben resolverlos conforme a la Constitución. Por ello, se sostiene que quienes desempeñan esta función también son jueces constitucionales y que sus interpretaciones deben alinearse con la jurisprudencia de los órganos especializados (Villanueva, 2008, p. 32).

¹⁸² La ponderación es necesaria porque el cumplimiento de un principio o derecho constitucional depende de su relación con otros principios en conflicto. Cuando una norma o medida pública limita un derecho fundamental para proteger otro principio constitucional, la ponderación sigue el principio de proporcionalidad, que incluye 3 niveles: idoneidad (si la medida es útil), necesidad (si no hay alternativa menos restrictiva) y proporcionalidad en sentido estricto (si la restricción es justificada). En cambio, cuando el conflicto surge entre un derecho que respalda una conducta privada y otro que se ve afectado por ella, solo se aplica la proporcionalidad en sentido estricto. En ambos casos, el objetivo es sopesar o ponderar los argumentos y determinar cuál debe prevalecer (Villanueva, 2008, pp. 33-34).

Por esta razón, es crucial que las resoluciones judiciales cuenten con un razonamiento riguroso que justifique la solución adoptada y garantice su coherencia con el marco constitucional y los tratados internacionales de derechos humanos¹⁸³. La discrecionalidad judicial debe fundamentarse en una argumentación racional y exhaustiva, mientras que la discrecionalidad del legislador ha sido tradicionalmente inmotivada. A diferencia de la discrecionalidad legislativa, el juez debe sustentarse en una argumentación depurada y racional (Villanueva, 2008, p. 36). Únicamente de esta manera se podrá mitigar el riesgo de decisiones arbitrarias.

En la maternidad subrogada, los jueces deben aplicar los principios de la bioética jurídica para evaluar cada caso de manera integral, garantizando la protección de derechos de todas las personas involucradas. Empero, aunque estos principios actúan como orientaciones éticas, no tienen carácter vinculante, lo que resalta la necesidad de normas jurídicas específicas¹⁸⁴. Entonces, se requiere trascender de los principios abstractos a establecer reglas concretas que la regulen, dotando de seguridad jurídica y evitando la incertidumbre en su aplicación (Cieza, 2017, pp. 131-132). No obstante, mientras estas reglas aún se encuentran en proceso de construcción, resulta prioritario garantizar la protección de los casos ya existentes.

La labor de la judicatura debe asegurar la tutela efectiva de los derechos en cada decisión judicial, desempeñando un rol activo en la configuración del derecho. Su labor no se limita a la aplicación de normas, sino que implica un proceso de interpretación y creación jurídica en respuesta a las condiciones sociales, culturales e históricas de su entorno. Los jueces tienen la responsabilidad de transformar la realidad mediante sus decisiones, otorgando contenido y significado a las normas en cada caso particular. El poder de los tribunales no se limita a los efectos directos de sus resoluciones, sino que también se manifiesta en su discurso, al reflejar los valores

¹⁸³ La interpretación judicial de la Constitución a veces es tan sutil que puede confundirse con una decisión subjetiva. Como señala Comanducci, la discrecionalidad de los jueces suele ser bien vista por los progresistas, pero solo si los jueces comparten esa visión, y Moreso advierte que la teoría del derecho no puede eliminar la carga moral de ciertas decisiones. Este problema es inevitable, especialmente en temas como los derechos sexuales y reproductivos. La mejor manera de afrontarlo es fortalecer la argumentación jurídica basada en principios constitucionales, aunque siempre quedará un margen de discrecionalidad en la legislación y la jurisprudencia (Villanueva, 2008, p. 37).

¹⁸⁴ Los principios de la bioética no siempre constituyen normas de cumplimiento obligatorio, sino que más bien funcionan como directrices para la toma de decisiones. Esta flexibilidad, si no se acompaña de regulaciones claras, puede generar incertidumbre en su aplicación (Cieza, 2017, pp. 125-126).

sociales y las relaciones de poder ¹⁸⁵ (Cabal et al., 2001, p. 465). De este modo, el sistema judicial contribuye a la construcción de una sociedad más equitativa mediante la interpretación y aplicación del derecho.

El sistema de justicia es un pilar esencial de la democracia, al garantizar la aplicación efectiva de sus principios fundamentales. La legitimidad y sostenibilidad de un sistema democrático depende en gran medida de que los tribunales actúen con independencia y eficacia, protegiendo integralmente los derechos de todas las personas, incluidos los sexuales y reproductivos (Cabal et al., 2001, pp. 482-483). Para fortalecer su rol en la evaluación de la maternidad subrogada, resulta clave aplicar criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales, así como principios constitucionales que aseguren equidad, transparencia y respeto por los derechos de todas las partes involucradas.

En conclusión, la labor judicial en casos de maternidad subrogada requiere un enfoque integral basado en principios constitucionales y bioéticos, ponderación de derechos y una argumentación sólida. Para ello, es necesario contar con criterios claros que orienten la evaluación judicial, especialmente ante prácticas tanto gratuitas como onerosas. Este apartado propone una guía para abordar los conflictos presentados en la fase ex post. Abordando los principales problemas que pueden presentarse, como la determinación de la filiación y la patria potestad, la protección de los derechos del menor y el impacto simbólico de la subrogación, brindando a los operadores jurídicos herramientas para resolverlos con justicia, equidad y respeto por la autonomía, la dignidad y la no instrumentalización.

III.II.I. Determinación de la filiación y patria potestad

El avance de las biotecnologías en materia de reproducción asistida ha generado desafíos jurídicos en la determinación de la filiación, especialmente en contextos donde interviene un tercero ajeno a la pareja que desea tener un hijo. La determinación de la paternidad/maternidad legal de un menor nacido mediante maternidad subrogada representa un desafío para las autoridades judiciales debido a

¹⁸⁵ El papel de los tribunales como intérpretes de la ley es fundamental en la búsqueda de equidad y justicia. Los jueces tienen la capacidad de materializar los derechos consagrados en las cartas de derechos y tratados internacionales, lo que les permite desempeñar un rol decisivo en la promoción y protección de los derechos sexuales y reproductivos (Cabal et al., 2001, p. 466).

la ausencia de un marco normativo claro. Esto hace necesario establecer lineamientos claros para establecer tanto la filiación como la patria potestad, aspectos fundamentales para garantizar la protección jurídica del menor.

En el contexto jurídico peruano, desde un enfoque conceptual, la filiación se define como la relación parental que vincula a los progenitores con sus hijos. No obstante, según Hinojosa Mínguez (1997), el término más adecuado para referirse a esta relación es "relación paterno-filial". Esto se debe a que, desde la perspectiva del hijo, el vínculo se denomina filiación, mientras que, desde la posición de los progenitores, corresponde hablar de paternidad o maternidad.

En el caso específico de la filiación, la falta de regulación sobre las técnicas de reproducción asistida heterólogas puede generar dificultades en su reconocimiento dentro del sistema jurídico peruano. El ordenamiento normativo, particularmente la tercera sección del Libro III del Código Civil, relativa a la sociedad paterno-filial, reconoce dos tipos de filiación: la matrimonial y la extramatrimonial. Ambas categorías tienen sus antecedentes en el derecho romano, donde se establecía una diferenciación entre los hijos nacidos dentro del matrimonio y aquellos nacidos fuera de éste. Si bien esta distinción prevalece en la actualidad para efectos de determinación de la filiación, ya no se mantiene en términos de jerarquía filial.

En efecto, la preeminencia de la filiación matrimonial sobre la extramatrimonial, ha sido desplazada en el Perú por el principio de igualdad y unidad de la filiación (Varsi, 1999, p. 41). Este aspecto es relevante, ya que refleja el avance en la eliminación de tratos diferenciados hacia los menores en función de su forma de concepción. Hoy en día, esta situación podría extenderse a los menores nacidos mediante técnicas de reproducción asistida, rechazando cualquier tipo de diferenciación en el reconocimiento de la filiación en función del método de concepción.

Respecto a las categorías de filiación, por un lado, la filiación matrimonial se configura cuando el menor nace dentro de un matrimonio, conforme a lo regulado en el Título I, Sección Tercera, del Libro III del Código Civil, y se presume hijo del esposo de la madre. Esta presunción se extiende a los concebidos antes del matrimonio y a aquellos nacidos dentro de los 300 días posteriores a su disolución, conforme a lo

establecido en los artículos 361¹⁸⁶ y 362¹⁸⁷ del Código Civil. Se trata, por tanto, de una presunción *iuris tantum*, es decir, admite prueba en contrario.

Por otro lado, la filiación extramatrimonial, regulada en el Título II, Sección Tercera, del Libro III del Código Civil, corresponde a los hijos concebidos y nacidos fuera del matrimonio. A diferencia de la filiación matrimonial, el reconocimiento de la filiación paterna no es automático, pues la presunción de paternidad es un efecto del matrimonio y, por ende, no es aplicable en estos casos. El establecimiento de la filiación extramatrimonial requiere un acto adicional que puede consistir en el reconocimiento voluntario por parte del progenitor o en una declaración judicial, conforme a lo dispuesto en el artículo 387 del Código Civil¹⁸⁸ (Monge, 2020, p. 18). Además, esta filiación es divisible, lo que significa que tanto el padre como la madre pueden establecer su vínculo de filiación con el menor de manera independiente¹⁸⁹.

En el marco jurídico peruano queda evidenciado que solo se reconoce las dos formas de filiación referidas, sin contemplar la voluntad procreativa ni la capacidad de acción de la gestante subrogada en los casos de gestación por sustitución. Esta omisión genera dificultades al momento de establecer el vínculo filial y resolver eventuales conflictos, como la negativa de la gestante a entregar al menor. Por ello, a continuación se analizarán ambas dimensiones –la voluntad procreativa y la capacidad de acción– como criterios relevantes para la evaluación de estos casos.

III.II.I.I. Voluntad procreativa de las partes

En ausencia de una regulación específica en el ordenamiento jurídico peruano, la voluntad procreativa se configura como un criterio esencial para resolver los conflictos

¹⁸⁶ “Artículo 361.- Presunción de paternidad.- El hijo o hija nacido/a durante el matrimonio o dentro de los trescientos (300) días calendario siguientes a su disolución tiene como padre al marido, salvo que la madre declare expresamente lo contrario”.

¹⁸⁷ “Artículo 362.- Presunción de filiación matrimonial.- El hijo o hija se presume matrimonial, salvo que la madre declare expresamente que no es del marido”.

¹⁸⁸ “Artículo 387.- Medios probatorios en filiación extramatrimonial.- El reconocimiento y la sentencia declaratoria de la paternidad o la maternidad son los únicos medios de prueba de la filiación extramatrimonial. Dicho reconocimiento o sentencia declaratoria de la paternidad o maternidad obliga a asentar una nueva partida o acta de nacimiento, de conformidad con el procedimiento de expedición de estas”.

¹⁸⁹ El Código Civil prevé el reconocimiento de los hijos extramatrimoniales en su artículo 388. En el caso de la declaración judicial de filiación extramatrimonial, el artículo 402 hace referencia a la paternidad extramatrimonial, mientras que el artículo 409 regula la maternidad extramatrimonial, que otorga especial relevancia a la acreditación del hecho del parto.

de filiación en casos de maternidad subrogada. Así, los jueces y juezas pueden interpretar el acuerdo de subrogación a partir de la intención original de las partes involucradas, priorizando el consentimiento expreso de quienes han decidido llevar adelante el proceso de gestación mediante esta técnica. En las siguientes líneas, se examina la voluntad procreativa como un factor crucial en la filiación dentro del sistema jurídico peruano.

En el contexto actual, la filiación ya no puede entenderse exclusivamente como un vínculo derivado de hechos biológicos, sino que debe considerarse actos jurídicamente relevantes que reflejen la voluntad de los progenitores. María de Montserrat Pérez Contreras (2010) señala que la filiación debe trascender la concepción biológica para incorporar la dimensión jurídica de la misma, establecida a través de actos de reconocimiento voluntario (p. 120). Esta perspectiva resulta especialmente relevante en los casos de reproducción asistida, donde la voluntad procreativa constituye como un elemento central en la configuración del nexo filial.

Desde una perspectiva bioética-jurídica, el principio de autonomía refuerza la necesidad de reconocer la voluntad procreativa como fundamento para la determinación de la filiación. Como explican De Lora y Gascón (2008), la autonomía garantiza el derecho de las personas a tomar decisiones sobre su propio proyecto de vida, incluyendo la planificación reproductiva (p. 39). En este sentido, la posibilidad de recurrir a técnicas de reproducción asistida, como la maternidad subrogada, forma parte del ejercicio legítimo de la autodeterminación reproductiva.

Asimismo, la voluntad procreativa se vincula con la evolución del derecho de familia, que ha transitado desde una concepción biológica de la filiación hacia un modelo basado en la intención y el compromiso parental. Enrique Varsi (2017) sostiene que el aspecto biogenético ha sido desplazado por la prevalencia de la voluntad procreativa, entendida como un hecho jurídico compuesto por elementos volitivos, sociales y afectivos (p. 112). Así, el vínculo filial ya no se define exclusivamente por la genética, sino por el compromiso asumido por quienes han decidido procrear mediante técnicas heterólogas, dando paso a la paternidad socioafectiva.

En concordancia con ello, la jurisprudencia peruana ha reconocido la relevancia de la voluntad procreativa en casos de maternidad subrogada, estableciendo que la intención de asumir la paternidad o maternidad prevalece sobre el vínculo biológico

(Exp. N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11, fundamento 26). Se ha identificado una tendencia uniforme en las resoluciones judiciales sobre maternidad subrogada que de manera progresiva han reconocido la voluntad procreativa como un factor legítimo¹⁹⁰. Este cambio jurisprudencial refleja un abandono del criterio tradicional según el cual la maternidad se determina exclusivamente por el parto (*mater semper certa est*). La voluntad procreativa se ha consolidado como el criterio fundamental para la determinación de la filiación en la maternidad subrogada.

A nivel comparado, algunos sistemas jurídicos han incorporado la voluntad procreativa como criterio determinante en la regulación de la filiación¹⁹¹. En México, se reconoce la filiación tanto desde una perspectiva tradicional, basada en la relación biológica entre progenitores e hijos, como desde una concepción contemporánea, que incluye el vínculo socio afectivo generado a partir de la aplicación de técnicas de reproducción asistida (León, 2018, p. 3). Este enfoque permite que la filiación en casos de reproducción heteróloga se determine a partir de la intención manifiesta de las partes, garantizando seguridad jurídica tanto para los progenitores intencionales como para los menores nacidos mediante estas técnicas.

Ahora bien, el marco normativo peruano se han realizado diversos intentos de reformar la normativa vigente, pero sin éxito¹⁹². Uno de los esfuerzos más significativos fue el anteproyecto de reforma del Código Civil, que proponía la incorporación expresa de la voluntad procreativa como criterio determinante en materia de filiación¹⁹³. Esta tendencia al reconocimiento progresivo de la voluntad

¹⁹⁰ Para la revisión de un análisis más detenido sobre los casos de maternidad subrogada en el Perú, se recomienda consultar la sección titulada: “II.II. Jurisprudencia en torno a la maternidad subrogada”, ubicada en el primer capítulo.

¹⁹¹ Para la revisión de un análisis más detenido sobre el marco normativo de la maternidad subrogada a nivel internacional, se recomienda consultar la sección titulada: “I.II. Legislación comparada en torno a la maternidad subrogada”, ubicada en el primer capítulo

¹⁹² Diversos proyectos de ley han buscado regular las técnicas de reproducción asistida (TRA) y proteger los derechos de las partes involucradas. Destacan el Proyecto de Ley 1722/2012-CR, que propone una regulación específica de las TRA; el Proyecto de Ley 2003/2012-CR, que modifica el artículo 7 de la Ley General de Salud; y el Proyecto de Ley 2839/2013-CR, que restringe la maternidad subrogada a la modalidad “sustituta parcial y altruista”, limitándola a parejas y prohibiendo la donación de gametos de terceros. Además, el Congreso elaboró el *Informe de Investigación 71/2014-2015*, titulado “*Maternidad subrogada: desarrollo conceptual y normativo*” y, en 2018, organizó una mesa de trabajo sobre fertilización in vitro, evidenciando la necesidad de una regulación clara y actualizada (González y Garcés, 2021, p. 283).

¹⁹³ El referido anteproyecto se denominó “*Anteproyecto de Propuestas de Mejora del Código Civil Peruano*” y fue elaborado por el Grupo de Trabajo encargado de su revisión y actualización, constituido mediante la Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS.

procreativa evidencia la necesidad de adecuar el marco normativo a las nuevas realidades reproductivas. La incorporación de este elemento permitiría garantizar el reconocimiento de la paternidad o maternidad de quienes han tomado la decisión de procrear mediante estas técnicas heterólogas.

En conclusión, la voluntad procreativa debe ser considerada como un criterio esencial por jueces, legisladores, académicos y demás actores en la determinación de la filiación en casos de maternidad subrogada. Este enfoque, respaldado por el principio de autonomía, reconoce el derecho de las personas a decidir sobre su reproducción más allá del vínculo biológico. La evolución del derecho de familia hacia modelos que valoran la voluntad procreacional evidencia la necesidad de adecuar el marco normativo peruano. De este modo, se garantiza la protección de los derechos tanto de quienes optan por estas técnicas como, especialmente, de los niños y niñas nacidos a través de ellas.

III.II.I.II. Capacidad de acción de la mujer gestante

Uno de los principales conflictos en la maternidad subrogada surge cuando la gestante se niega a entregar al menor tras el parto. En este contexto, la teoría de los mercados nocivos de Debra Satz ofrece un marco analítico esclarecedor, al identificar la existencia de una asimetría significativa en el conocimiento y en la capacidad de acción de las partes involucradas¹⁹⁴. Esta asimetría puede explicar la negativa de algunas gestantes a cumplir con lo pactado, lo que plantea desafíos jurídicos respecto a la validez y ejecución de los contratos de gestación subrogada. Por ello, se debe evaluar cuidadosamente la capacidad de acción de la gestante al momento de suscribir el acuerdo, con el fin de determinar si su consentimiento fue otorgado en condiciones de autonomía y plena comprensión de sus implicaciones.

Desde una perspectiva jurídica, el embarazo por sustitución podría asimilarse a un contrato de trabajo reproductivo, lo que impediría la exigencia de su cumplimiento específico, al igual que ocurre con otros contratos laborales. El cumplimiento específico implica que una persona está obligada contractualmente a ejecutar la prestación acordada, pero en el ámbito del derecho laboral, no es posible forzar a

¹⁹⁴ Para la revisión de un análisis más detenido sobre los mercados nocivos, se recomienda consultar la sección titulada: “III.II. Maternidad subrogada en el marco de los mercados nocivos”, ubicada en el segundo capítulo.

alguien a prestar servicios contra su voluntad¹⁹⁵ (Satz, 2015, p. 176). En este sentido, los contratos de gestación subrogada no pueden equipararse a contratos mercantiles ordinarios, pues involucran elementos personales y emocionales que exigen un tratamiento jurídico diferenciado.

Siguiendo esta lógica, si la gestante subrogada decide no entregar al menor tras el parto, la parte contratante no debería poder exigir judicialmente el cumplimiento del acuerdo –entrega al bebé–, sino únicamente reclamar una compensación económica. La imposibilidad de exigir el cumplimiento específico de estos contratos plantea interrogantes sobre su viabilidad y legitimidad. La gestación es un proceso prolongado en el que la mujer puede experimentar cambios en su disposición a entregar al menor, esto genera incertidumbre sobre la ejecución de la transacción¹⁹⁶ (Satz, 2015, p. 176). Así, la naturaleza propia del embarazo introduce variables emocionales y éticas que dificultan su regulación estrictamente contractual.

Para mitigar esta incertidumbre, podrían establecerse mecanismos contractuales que aseguren el cumplimiento del acuerdo; sin embargo, estos plantean serios dilemas éticos y jurídicos. Condicionar el pago a la entrega del menor podría asimilarse a una compraventa, y reforzaría la idea de que el objeto del contrato no es la prestación de un servicio, sino el propio niño. Ofrecer asesoramiento legal y psicológico a la gestante, si no es adecuadamente implementado, podría derivar en formas de coacción y manipulación que limite su autonomía (Satz, 2015, p. 177). Por tanto, cualquier mecanismo debe equilibrar la seguridad jurídica con la protección de la gestante, evitando prácticas que reproduzcan la explotación.

Los contratos de gestación subrogada, en caso de existir, no deben resultar invasivos para la gestante. En particular, cuando la gestante haya tomado decisiones sin prever de manera integral las implicaciones emocionales, físicas y psicológicas del proceso gestacional, se deberá analizar su capacidad efectiva de acción antes de exigir el

¹⁹⁵ Por ejemplo, si un individuo contrata a un pintor y éste incumple con la obligación asumida, el empleador puede demandarlo por incumplimiento, pero un tribunal no lo forzará a realizar el trabajo, limitándose a ordenar el pago de una compensación económica. Esta es la diferencia esencial entre un contrato de trabajo voluntario y el trabajo forzoso o la servidumbre (Satz, 2015, p. 176).

¹⁹⁶ Esta situación es consistente con el análisis de los mercados nocivos del apartado: “III. Fundamentos y consecuencias de los mercados nocivos en la maternidad subrogada”, donde se identifica una débil capacidad de acción debido a la incertidumbre sobre las consecuencias futuras.

cumplimiento del contrato¹⁹⁷. Para ello, será necesario considerar los criterios establecidos en la fase *ex ante* sobre la existencia de una verdadera autonomía (véase: “III.I.I. Determinación de la libertad efectiva de la mujer gestante”). En caso de identificarse una débil capacidad de acción, podría ser procedente la nulidad del contrato o su revisión en favor de la gestante y del menor.

El argumento que fundamenta la filiación en la carga genética desestima la perspectiva de género, pues omite la experiencia de las mujeres durante el proceso de gestación y reduce su rol a un aspecto meramente biológico (Carrio, 2021, p. 43). En este sentido, resulta esencial diseñar marcos normativos que regulen la gestación subrogada desde un enfoque de género, estableciendo límites claros que prevengan situaciones de explotación o vulneración de derechos fundamentales.

En conclusión, quienes analicen casos de maternidad subrogada –ya sean jueces, legisladores, académicos o demás actores– deben evaluar la capacidad efectiva de acción de la gestante, adoptando un enfoque centrado en la protección de derechos, más allá de lo meramente contractual. Esto requiere determinar si su decisión fue verdaderamente autónoma o influida por condiciones de vulnerabilidad. En conflictos con los comitentes, debe valorarse si existen razones legítimas para la negativa a entregar al menor. En casos extremos, y como última opción, pueden considerarse alternativas como la adopción o el cuidado temporal, garantizando siempre el interés superior del niño y evitando se profundice desigualdades.

III.II.II. Protección de los derechos de los niños y niñas

El reconocimiento y la protección de los derechos de los niños y niñas nacidos a través de la maternidad subrogada deben estar garantizados, independientemente de la existencia o ausencia de una regulación específica sobre esta práctica. La falta de normatividad no puede ser un obstáculo para su inscripción registral ni para el reconocimiento de su filiación, ya que ello vulneraría principios fundamentales como

¹⁹⁷ Incluso en contextos de mayor igualdad de género, persisten dudas sobre la aceptabilidad de regular los contratos de subrogación, debido a la dificultad de garantizar la plena autonomía de la gestante en todos los casos. Así, aunque se permita la celebración de estos acuerdos, la imposibilidad de exigir judicialmente su cumplimiento específico podría operar como una salvaguarda para la protección de la mujer gestante, evitando posibles vulneraciones a sus derechos y dignidad (Satz, 2015, p. 179).

el interés superior del niño y el principio de igualdad y no discriminación y diversos derechos fundamentales, como su derecho a la identidad, a la nacionalidad, etc.

El principio del interés superior del niño, como todo principio, posee una naturaleza indeterminada y opera como un mandato de optimización, según lo señala Robert Alexy. Su contenido debe analizarse en relación con otros principios y derechos, garantizando que cumpla con su finalidad de protección efectiva en cada caso concreto. El Comité de los Derechos del Niño, emitió la Observación General N° 14 (2013), en la cual se reconoce que este principio busca asegurar el pleno disfrute de los derechos del niño y su desarrollo holístico en todas sus dimensiones: física, mental, espiritual, moral, psicológica y social (como se citó en Wong, 2018, pp. 199-200). El interés superior del niño exige que todas las decisiones que lo involucren estén orientadas a garantizar su bienestar y el respeto de sus derechos fundamentales.

Además, la Observación General N° 14 establece que el interés superior del niño tiene un carácter triple. En primer lugar, es un derecho sustantivo, lo que implica que debe considerarse primordial en toda decisión que lo afecte. En segundo lugar, es un principio jurídico que orienta la interpretación normativa en su favor cuando existen múltiples interpretaciones posibles. Finalmente, es una norma de procedimiento que exige un análisis de las repercusiones de cualquier decisión que involucre a un niño o niña o grupo de niños o niñas (Wong, 2018, pp. 200-201). Estos elementos garantizan que su interés no solo sea reconocido, sino también aplicado de manera efectiva en el ámbito jurídico y social.

El derecho a la identidad es un atributo esencial de la persona (artículo 2, inciso 1 de la Constitución). Este derecho garantiza que cada individuo sea identificado y reconocido tanto por sus características objetivas, como el nombre, la herencia genética, las características corporales, etc., como por aquellas subjetivas, que incluyen su ideología, identidad cultural y valores. Desde una perspectiva jurídica, Espinoza Espinoza distingue entre identidad estática, que abarca los datos personales fundamentales, e identidad dinámica, que comprende la proyección social del individuo a partir de sus experiencias y vivencias (Wong, 2018, p. 201). En este sentido, el derecho a la identidad se configura como un elemento fundamental para la individualización de las personas y su desarrollo dentro de la sociedad.

Un componente esencial del derecho a la identidad es el acceso a la verdad biológica, ya que permite establecer los vínculos familiares y definir derechos y obligaciones en la relación paterno-filial. La prueba genética, especialmente el análisis de ADN, constituye un medio probatorio determinante para garantizar el reconocimiento filiatorio. El desarrollo de la genética ha permitido que la filiación pueda determinarse con precisión, lo que anteriormente resultaba incierto. Además, el conocimiento del origen genético cobra relevancia en el ámbito médico, ya que contribuye a la prevención de enfermedades hereditarias y reduce el riesgo de relaciones consanguíneas (Wong, 2018, p. 202). Así, el derecho a la verdad biológica no solo fortalece la identidad individual, sino que también tiene implicaciones en la salud y el bienestar de las personas.

La Convención sobre los Derechos del Niño establece el principio de igualdad y no discriminación, obligando a los Estados a garantizar que todos los niños bajo su jurisdicción disfruten de sus derechos sin distinción alguna (artículo 2). La interpretación del Comité de los Derechos del Niño enfatiza que la prohibición de la discriminación requiere acciones concretas, incluyendo legislación, supervisión y medidas de sensibilización. Además, para el Comité de Derechos Humanos la discriminación es cualquier distinción o exclusión que, basada en motivos como el nacimiento, limite el acceso en igualdad de condiciones a derechos fundamentales (Plácido, 2015, p. 224). En este sentido, negar la inscripción de niños nacidos por maternidad subrogada supone una forma de discriminación basada en el origen de su filiación, afectando su reconocimiento legal y el ejercicio de sus derechos.

Asimismo, el principio de igualdad no implica un trato idéntico en todas las circunstancias, sino la adopción de medidas que reduzcan desigualdades estructurales y protejan a grupos vulnerables. La Convención reconoce que algunos niños pueden requerir especial consideración debido a su situación particular, lo que refuerza la necesidad de que los Estados implementen acciones para evitar la exclusión de niños nacidos mediante gestación subrogada (Plácido, 2015, p. 225). El acceso a sus derechos no debe estar condicionado a factores externos como el estatus legal de sus padres o el reconocimiento de ciertas formas de filiación. Por lo tanto, la negativa a inscribir a estos niños y niñas vulnera el principio de no

discriminación, al privarlos de la seguridad jurídica que la filiación les otorga y generar desigualdades injustificadas en el ejercicio de sus derechos.

Entonces, el Estado tiene la obligación de garantizar su inscripción y filiación, pues no hacerlo generaría una situación de desprotección e incertidumbre legal que afecta sus derechos fundamentales. La negativa a su inscripción con base en la inexistencia de una regulación específica sobre la maternidad subrogada los coloca en una situación de vulnerabilidad y representa un trato desigual con respecto a aquellos nacidos mediante concepción tradicional. La Constitución¹⁹⁸ y la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁹⁹ establecen el derecho de todo niño a una identidad y a un reconocimiento legal inmediato, por lo que el desconocimiento de estos derechos por parte de jueces y juezas resultaría inconstitucional.

En Francia, la gestación subrogada está prohibida por ser considerada contraria al orden público, lo que llevó a que durante años se negara la inscripción de estos menores en el registro civil, quedando en una situación de desprotección legal. Esta decisión les impedía acceder a la nacionalidad francesa y a derechos básicos que afectaba su bienestar. Por ello, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) determinó que esta práctica vulneraba el derecho a la identidad y el interés superior del niño, obligando a Francia a modificar su postura y permitir la inscripción, aun cuando la subrogación sigue prohibida en su territorio²⁰⁰. Este precedente evidencia

¹⁹⁸ La Constitución garantiza el derecho a la identidad y protección de los niños. El artículo 1 establece que la persona humana es el fin supremo del Estado, mientras que el artículo 2, incisos 1 y 2, reconoce el derecho a la identidad y la igualdad ante la ley, prohibiendo cualquier discriminación, incluida la basada en la forma de concepción. Asimismo, el artículo 2, inciso 24, protege la vida y el desarrollo de la personalidad, y el artículo 52 asegura la nacionalidad peruana a los hijos de peruanos. De manera que, la negativa de inscripción vulneraría sus derechos fundamentales.

¹⁹⁹ La Convención establece estándares internacionales de protección infantil que refuerzan la obligación de garantizar la inscripción y reconocimiento de los menores nacidos mediante maternidad subrogada. El artículo 3 prioriza el interés superior del niño en toda decisión. El artículo 7 reconoce su derecho a la inscripción inmediata, nombre y nacionalidad, y el artículo 8 protege su identidad. Además, el artículo 16 garantiza su vida privada y el artículo 24 su derecho a la salud. Finalmente, el artículo 27.1 exige un nivel de vida adecuado para su desarrollo. Por ello, no inscribir a los niños contraviene estos principios y vulnera sus derechos fundamentales.

²⁰⁰ El caso *Menesson contra Francia* ejemplifica los desafíos jurídicos en la inscripción de menores nacidos mediante gestación subrogada. Una pareja francesa acudió a esta técnica en Estados Unidos, pero al regresar, las autoridades francesas se negaron a registrar a las gemelas, alegando que la práctica vulneraba el orden público. Esta negativa generó una situación de desprotección legal, limitando su acceso a derechos fundamentales. En 2014, el TEDH determinó que dicha postura violaba el derecho al respeto de la vida privada y familiar (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos), lo que obligó a Francia a modificar su normativa y permitir la inscripción de estos menores, garantizando su reconocimiento legal y protección jurídica (Farnós, 2022).

que, incluso en contextos de prohibición, se deben proteger prioritariamente sus derechos.

Así las cosas, incluso, de considerarse que la maternidad subrogada es ilegal o contraria a las buenas costumbres, ello no puede justificar la vulneración de los derechos de los niños nacidos mediante esta práctica. La filiación no debe concebirse como un derecho de los adultos, sino como una institución jurídica diseñada para la protección del menor. Su finalidad es garantizar el reconocimiento legal y social de los niños, asegurando su desarrollo en un entorno estable. En este sentido, la determinación de la filiación debe atender no solo a los aspectos biológicos y legales, sino también a los vínculos afectivos, las condiciones de crianza y su bienestar integral, priorizando en todo momento su interés superior.

En este sentido, legisladores, académicos, demás actores, pero sobre todo jueces, deben garantizar los derechos fundamentales de los niños y niñas nacidos por maternidad subrogada, actuando conforme a la supremacía constitucional y al principio del interés superior del niño. La falta de una norma específica no justifica su desprotección legal. Las decisiones sobre filiación y patria potestad deben priorizar su bienestar, evitando su instrumentalización y asegurando su identidad y nacionalidad. En concordancia con lo expuesto en el apartado II.II. sobre los derechos del sujeto por nacer, se proponen a continuación criterios bioético-jurídicos que deben guiar la resolución de estos casos.

1. Protección del interés superior del niño

Las decisiones judiciales deben orientarse por el principio del interés superior del niño, garantizando su bienestar integral y su protección efectiva. En este sentido, se debe:

- Priorizar los derechos del menor sobre los intereses de las personas adultas involucradas, asegurando su estabilidad y desarrollo.
- Garantizar su derecho a una filiación segura y al conocimiento de su origen biológico, evitando situaciones de indeterminación jurídica.
- Prevenir que disputas legales prolongadas generen incertidumbre que pueda afectar su desarrollo físico, emocional y social.
- Verificar que las condiciones del contrato de subrogación, de existir, no vulneren derechos fundamentales del niño ni comprometan su bienestar.

- En contextos de ausencia o insuficiencia normativa, fallar en favor del reconocimiento de la filiación y asegurar la protección del niño conforme a estándares internacionales de derechos humanos.

2. Aplicación de los principios de beneficencia y no maleficencia

En toda decisión sobre maternidad subrogada, se deben aplicar los principios de beneficencia y no maleficencia para maximizar los beneficios y minimizar los riesgos respecto de los menores concebidos. Para ello, se debe:

- Asegurar que la gestación subrogada se realice en condiciones que protejan la salud y el bienestar de todas las partes involucradas, sobre todo del menor.
- Verificar la existencia de protocolos médicos, psicológicos y jurídicos adecuados que respalden la seguridad del proceso.
- Evitar cualquier forma de mercantilización, tráfico o venta ilegal de niños mediante acuerdos fraudulentos.
- Evaluar el impacto del acuerdo en el desarrollo emocional y social del niño, minimizando posibles efectos negativos en su identidad y estabilidad.
- Garantizar que las decisiones judiciales no conduzcan a la instrumentalización del niño, asegurando su reconocimiento como sujeto de derechos y evitando cualquier forma de cosificación o tratamiento mercantil que vulnere su dignidad.

3. Garantizar la identidad, nacionalidad y filiación del niño

El reconocimiento de la identidad jurídica y la filiación del niño es fundamental para el ejercicio pleno de sus derechos. En este marco, se debe:

- Asegurar la inscripción inmediata del menor en el registro civil, evitando su indeterminación jurídica.
- Proteger su derecho a conocer su origen genético y gestacional, equilibrándolo con la privacidad de las partes involucradas (donantes).
- En casos de gestación subrogada internacional, garantizar que el niño no quede en situación de apatridia, asegurando procedimientos claros para su nacionalidad e inscripción.

- Considerar los estándares de organismos internacionales de derechos humanos para la resolución de casos transnacionales.
- Garantizar la identidad, nacionalidad y filiación del niño requiere determinar su reconocimiento filiatorio, considerando tanto la voluntad procreacional de los padres intencionales como la capacidad de acción de la gestante subrogada.

4. Responsabilidad de los padres intencionales y prevención de la instrumentalización

El compromiso de los padres intencionales o comitentes y la prevención de la instrumentalización del menor son elementos clave en la regulación de la filiación derivada de la gestación subrogada. Por ello, se debe:

- Exigir que los padres intencionales asuman plenamente sus obligaciones desde el inicio del proceso de gestación.
- Implementar criterios de evaluación de la idoneidad de los comitentes, similares a los aplicados en procesos de adopción.
- Verificar la existencia de salvaguardas legales que protejan al niño en caso de fallecimiento, abandono o separación de los padres intencionales.
- Establecer mecanismos de supervisión post-nacimiento que garanticen el bienestar del niño y prevengan eventuales abusos.
- Rechazar la adopción como única alternativa de reconocimiento filial, diferenciando la maternidad subrogada de otros modelos de parentalidad y filiación.

La protección de los derechos de los niños nacidos mediante maternidad subrogada exige que se priorice su bienestar, garantizando su identidad, filiación y nacionalidad sin discriminación ni vacíos normativos que los dejen en situación de vulnerabilidad. La aplicación del principio del interés superior del niño, en su triple dimensión de derecho sustantivo, principio jurídico y norma de procedimiento, debe guiar la interpretación y resolución de estos casos, asegurando su inscripción registral y el reconocimiento de su filiación en coherencia con estándares internacionales. Asimismo, es fundamental evitar su instrumentalización, garantizando que no sea tratado como objeto de transacción, sino como sujeto pleno de derechos. En este marco, la determinación de la filiación debe realizarse caso por caso, considerando

tanto la voluntad procreacional de los padres intencionales como la capacidad de acción de la gestante subrogada, de modo que la decisión final responda a su bienestar integral y al respeto de su dignidad.

III.II.III. Evaluación del impacto de la maternidad subrogada en la sociedad peruana

La maternidad subrogada en el Perú es un tema que suscita debates profundos debido a sus implicancias éticas, sociales y legales. Como se evidenció previamente, el argumento sobre su impacto simbólico constituye uno de los fundamentos más contundentes para rechazar estos procedimientos. Por ello, proporcionar lineamientos claros, considerando tanto los argumentos teleológicos como el impacto simbólico en la mujer ante la sociedad peruana.

En principio, es de vital tener en cuenta el contexto peruano, caracterizado por un incremento sostenido de los índices de pobreza y desigualdades estructurales, especialmente en zonas rurales. De acuerdo con el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), entre 2022 y 2023 la línea de pobreza extrema incrementó un 11% y, en contraste con 2019, se incrementó en un 33,9% (INEI, 2024, p. 51). Asimismo, la línea de pobreza total creció un 7,3% entre 2022 y 2023 y un 26,7% en relación con 2019 (INEI, 2024, p. 56). Este deterioro económico evidencia el impacto negativo que se ha venido generando, lo que podría impactar negativamente en las mujeres de provincias y zonas alejadas, que enfrentando limitaciones económicas podrían verse más inclinadas a participar como gestantes subrogadas.

Adicionalmente, debe considerarse que Perú es un país que enfrenta desafíos significativos en la protección de los derechos sexuales y reproductivos. Informes de la Defensoría del Pueblo (2023) señalan limitaciones en el sistema de salud para garantizar estos derechos, afectando especialmente a mujeres en situación de vulnerabilidad (pp. 94-95). Esta falta de protección dificulta la fiscalización adecuada de prácticas como la maternidad subrogada, aumentando el riesgo de explotación.

La trata de personas es otro problema alarmante en el país. Según datos del INEI (2023), en el año 2022 se registraron 631 denuncias por este delito, de las cuales el 85.3% de las víctimas fueron mujeres. Además de constatarse que la forma de explotación más común fue la explotación sexual (63.2%) siendo mujeres y niñas las

principales víctimas. Regiones como Madre de Dios, Loreto y Puno presentan altos índices de este delito, donde la normalización de la trata de mujeres refuerza roles de género tradicionales y perpetúa su vulnerabilidad. Estas áreas son conocidas por ser zonas críticas en la problemática de la trata de personas en el país.

Considerar la realidad peruana es crucial al evaluar la maternidad subrogada, ya que las condiciones socioeconómicas y culturales influyen directamente en las decisiones de las mujeres y en la percepción social de esta práctica. Ante este escenario, es imperativo considerar de manera integral estos factores. Por ello, un análisis que aborde tanto los fundamentos teóricos como la realidad contextual permitirá formular criterios que promuevan la equidad, protejan los derechos humanos y respondan adecuadamente a las complejidades propias del Perú. Por ello, se analizarán dos aspectos fundamentales: el primero, relacionado con el argumento teleológico subyacente a la maternidad subrogada; y el segundo, enfocado en su impacto simbólico en la sociedad.

III.II.III.I. Argumento teleológico sobre la maternidad subrogada

El argumento teleológico sostiene que la maternidad y el embarazo tienen propósitos intrínsecos, como el vínculo emocional entre madre e hijo, que se vería degradado por la comercialización de la gestación. Esta perspectiva, también advierte sobre la mercantilización de la maternidad y la sustitución de normas parentales por normas de mercado. Frente a ello, se debe evitar argumentaciones esencialistas sobre la maternidad y enfocarse en la bioética de mínimos para respetar la pluralidad de valores en una sociedad democrática. A partir de esta discusión y con lo desarrollado en el apartado II.I., relativo al argumento teleológico de la maternidad subrogada, se establecen los siguientes criterios bioético-jurídicos.

1. Evitar una concepción esencialista de la maternidad

La maternidad no debe ser definida exclusivamente desde un punto de vista biológico o moralista, ni debe asumirse que todas las mujeres experimentan la gestación de la misma manera o que necesariamente se genera un vínculo emocional inquebrantable. En este sentido, se debe:

- Evaluar cada caso con base en hechos y circunstancias individuales, evitando imponer concepciones únicas o tradicionales de propósito de la maternidad.
- Reconocer que la autonomía reproductiva permite a las mujeres decidir sobre su capacidad de gestar sin que ello implique una transgresión de su naturaleza.
- Aceptar la evolución del concepto de familia y la maternidad como fenómenos dinámicos, priorizando el pluralismo moral.
- Considerar los avances en biotecnología reproductiva y sus implicancias.
- Evaluar los casos desde una perspectiva pluralista y flexible, evitando criterios absolutos sobre qué valores deben prevalecer en la maternidad.

2. No asumir que la gestación subrogada equivale a una degradación de la maternidad

Es fundamental evitar fallos basados en la idea de que la maternidad subrogada desvaloriza a las mujeres o a los niños por su carácter contractual. Se debe:

- Priorizar el bienestar de todas las partes involucradas sin imponer una visión única de lo que significa ser madre.
- Reconocer que el afecto parental no depende exclusivamente del embarazo, pues existen múltiples formas de ejercer la maternidad.
- Garantizar que la autonomía de las mujeres sobre su capacidad reproductiva no sea restringida por concepciones tradicionales.
- No asumir que la única forma legítima de concebir la maternidad es aquella que excluye la participación de acuerdos.

3. Evaluar críticamente la distinción entre normas parentales y normas de mercado

No debe asumirse que la intervención de acuerdos contractuales en la subrogación elimina automáticamente los valores éticos y afectivos del embarazo. Es necesario:

- Diferenciar entre situaciones de explotación o coacción y aquellas en las que la gestación subrogada se realiza de manera libre e informada.
- Regular la práctica para evitar abusos sin recurrir a una prohibición generalizada basada en la supuesta incompatibilidad entre maternidad y mercado.

- Ponderar la intención procreacional como criterio de filiación en lugar de criterios estrictamente biológicos o religiosos.

4. Evitar un enfoque paternalista sobre la mujer gestante

Se debe evitar privar a la mujer gestante de su capacidad de agencia bajo el pretexto de protección. Para ello, se importante:

- Asegurar que el consentimiento de la gestante sea libre y revisable, sin asumir que su decisión está necesariamente viciada por presiones económicas o emocionales.
- Evitar restricciones injustificadas a la autonomía reproductiva derivadas de un paternalismo excesivo.
- Garantizar un análisis contextualizado de cada caso, ponderando derechos en conflicto con base en la evidencia y la realidad social.
- Evitar decisiones que, en un intento de preservar un supuesto propósito intrínseco de la maternidad, generen efectos desproporcionados sobre los derechos de la gestante, del niño y de los padres intencionales.

El argumento teleológico sobre la maternidad subrogada debe ser abordado con un enfoque crítico que evite premisas esencialistas y paternalistas. Las decisiones judiciales deben priorizar el pluralismo moral, la autonomía de las partes involucradas y el reconocimiento de la maternidad como una construcción social en constante evolución. Estos lineamientos buscan que las decisiones judiciales se alejen de premisas normativas absolutas y garantice tanto la protección de derechos como la adaptabilidad a las nuevas realidades sociales y tecnológicas.

III.II.III.II. Impacto simbólico de la maternidad subrogada en la mujer en la sociedad peruana

Este punto aborda cómo la maternidad subrogada influye en la construcción de roles de género y derechos reproductivos. Mientras algunos sectores la ven como una amenaza a los valores tradicionales, otros la consideran una expresión legítima de autonomía y ampliación de derechos. Esta tensión entre tradición y modernidad exige un enfoque que evite reforzar estereotipos o limitar derechos desde perspectivas moralistas. A partir de esta discusión, y de lo desarrollado en el apartado II.V., relativo

al impacto simbólico de la maternidad subrogada, se presentan los siguientes criterios bioético-jurídicos.

1. Respeto al Estado laico y a la pluralidad de concepciones morales

Se debe garantizar la imparcialidad del Estado frente a debates ético-morales, evitando que valores religiosos o concepciones tradicionales de la maternidad influyan en la interpretación de la norma. En estos casos se debe:

- Basarse en principios constitucionales y el marco legal vigente, sin imponer juicios de valor moral o religioso.
- Proteger la diversidad de proyectos de vida, asegurando el respeto a la autonomía de las personas involucradas.
- Priorizar los derechos fundamentales en casos de conflicto entre valores morales y principios jurídicos.
- Evitar que las disputas sobre la moralidad de la práctica perjudiquen el bienestar del niño nacido por subrogación.

Un Estado laico debe garantizar que las decisiones judiciales se fundamenten en argumentos jurídicos sólidos y en la protección de derechos, evitando imposiciones moralistas o perfeccionistas.

2. Autonomía de la mujer gestante y su capacidad de decisión

El análisis de la maternidad subrogada no debe partir de un enfoque paternalista que presuponga la incapacidad de la mujer para tomar decisiones informadas sobre su propio cuerpo. La regulación y aplicación de la norma deben:

- Garantizar que la gestante haya otorgado su consentimiento de manera libre e informada, sin asumir que su decisión está necesariamente condicionada por factores económicos o emocionales.
- Evaluar caso por caso la posible existencia de asimetrías de poder que puedan comprometer la voluntariedad del acuerdo, especialmente en contextos de vulnerabilidad socioeconómica.
- Asegurar que el contrato de subrogación respete la dignidad de la gestante y no la reduzca a un medio para la reproducción.

- Evitar restricciones excesivas que coarten la autonomía de la mujer bajo el pretexto de su protección.

El respeto a la autonomía de la gestante implica reconocer su capacidad de decisión sin infantilizarla ni imponer barreras injustificadas a su derecho a disponer sobre su cuerpo.

3. Evaluación de la realidad social y no solo del marco normativo

Se deben adoptar interpretaciones que respondan a la realidad social y no generen vacíos legales que aumenten la inseguridad jurídica. Para ello, es fundamental:

- Considerar principios constitucionales y tratados internacionales de derechos humanos en la resolución de los casos.
- Evitar precedentes judiciales que contribuyan a la comercialización indiscriminada de la gestación sin garantías adecuadas.
- Analizar las posibles externalidades negativas de la práctica, como su impacto en la estabilidad emocional del menor o la explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad.
- Emitir resoluciones que brinden seguridad jurídica tanto a las personas gestantes como a quienes buscan acceder a la subrogación.

Estos criterios deben estar orientados a minimizar desigualdades y garantizar la protección de derechos fundamentales en un contexto normativo aún en desarrollo.

4. Enfoque de género en la toma de decisiones judiciales

El análisis de la maternidad subrogada debe incorporar una interpretación legal con perspectiva de género. Para ello, se debe:

- Evitar la reproducción de estereotipos de género que restrinjan la autonomía de las mujeres o refuercen la concepción de que su único rol es el de madre.
- Reconocer las desigualdades estructurales que pueden influir en la decisión de la mujer gestante, sin asumir que toda participación en la subrogación implica explotación.

- Desmantelar prejuicios que asocian la maternidad subrogada con la explotación de manera automática, promoviendo un análisis contextualizado de cada caso.
- Considerar la diversidad de experiencias y realidades de las mujeres, evitando generalizaciones que invisibilizan su capacidad de agencia.
- Prevenir la influencia de nociones preconcebidas sobre los roles de género o la maternidad en la argumentación jurídica.
- Aplicar estándares de protección establecidos en tratados internacionales sobre igualdad de género y derechos reproductivos.
- Garantizar que la interpretación de la norma no refuerce concepciones tradicionales que subordinan a la mujer dentro de la estructura social.

Un enfoque de género es fundamental para visibilizar la capacidad de decisión de las mujeres y evitar la perpetuación de desigualdades estructurales.

El impacto simbólico de la maternidad subrogada en la sociedad peruana pone en tensión concepciones tradicionales sobre la maternidad, la familia y los derechos reproductivos. Esta práctica no solo desafía estructuras culturales arraigadas, sino que también abre el camino hacia formas más inclusivas de ejercer la autonomía reproductiva. En este escenario, el rol de los legisladores y jueces es fundamental, pues sus resoluciones no solo afectan a las partes involucradas, sino que también contribuyen a la configuración de normas sociales y valores colectivos.

Por ello, resulta esencial adoptar una perspectiva pluralista y con enfoque de género que permita legislar y evaluar cada caso de forma imparcial, alejándose de valoraciones morales o religiosas. El debate sobre la maternidad subrogada refleja una tensión profunda entre la autonomía y el control estatal sobre los cuerpos de las mujeres. Como señala Cabal et al. (2001):

"El cuerpo de la mujer debe dejar de ser el territorio en el que estados, credos e individuos impongan su voluntad para convertirse en uno de los espacios donde las mujeres deciden el significado y el destino de su propia existencia" (p. 484).

En consecuencia, el análisis de la maternidad subrogada debe centrarse en la protección de los derechos fundamentales de todos los involucrados, particularmente

de las mujeres gestantes y los niños nacidos mediante esta práctica. Así, se garantizan decisiones basadas en principios constitucionales y bioéticos que respondan a la complejidad del fenómeno.

III.III. Propuesta metodológica para los casos de maternidad subrogada

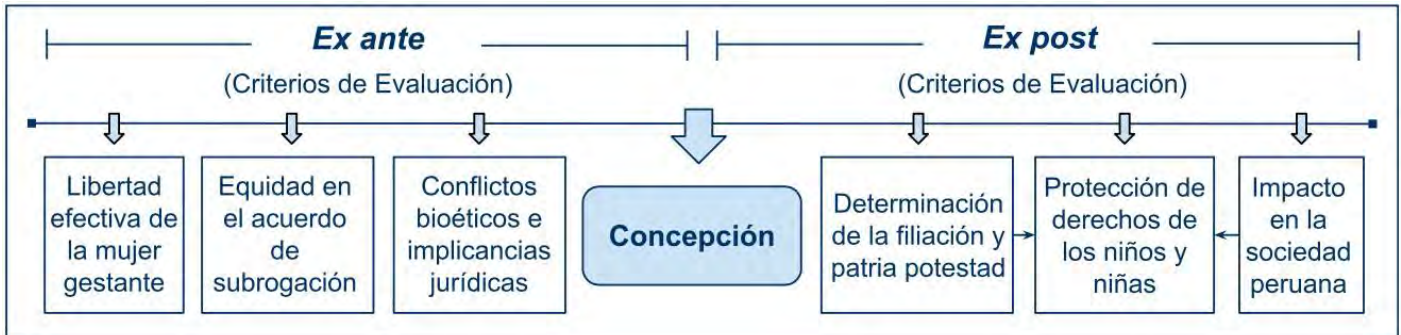
Es importante señalar que la regulación de la maternidad subrogada es un tema amplio y complejo con diversas aristas que requieren un análisis detallado. Tal y como se adelantó en la introducción de esta sección, la propuesta metodológica que propongo se estructura en un marco bifásico con el propósito de ordenar este complejo panorama. Sin embargo, es pertinente señalar que, en un escenario ideal, estos temas deberían abordarse y ser resueltos de manera integral desde el ámbito legislativo. En ausencia de una regulación específica, esta tesis propone una solución metodológica inmediata que sirva como una guía orientativa para legisladores, jueces, abogados y demás actores interesados en la maternidad subrogada, un tema aún sujeto a múltiples interrogantes y cuestionamientos.

Esta división metodológica tiene como finalidad facilitar la identificación de los diversos tipos de casos que se presentan. Para ello, se establecen dos fases diferenciadas: una fase de evaluación ex ante y una fase de evaluación ex post. Estas fases comprenden en total seis tópicos fundamentales, previamente desarrollados, en los que se establecen los lineamientos y directrices a seguir, derivados del análisis y la investigación realizada.

Por un lado, es pertinente resaltar que, los aspectos pertenecientes a la fase ex post son los que con mayor frecuencia llegan a instancias judiciales en el Perú, no obstante, ello no excluye la posibilidad de que cualquiera de los seis tópicos pueda ser objeto de controversia a nivel judicial. Asimismo, es previsible que surjan nuevos desafíos respecto a la maternidad subrogada que no han sido contemplados en la presente investigación. Por esta razón, se debe remarcar que el cuadro propuesto no pretende ser una clasificación taxativa de los aspectos jurídicos de la maternidad subrogada, sino un esquema general que permita estructurar y orientar el análisis de los distintos casos que se presenten. A continuación, se sintetiza gráficamente la propuesta metodológica encargada de orientar los casos de subrogación.

Figura 15

Marco metodológico bifásico para la evaluación y resolución judicial de casos de maternidad subrogada



Fuente: Elaboración propia.

Ahora bien, ¿cómo se utiliza el gráfico? El principal aporte de esta tesis radica en los lineamientos desarrollados a partir del análisis exhaustivo realizado en sus distintos capítulos. Sin embargo, la figura propuesta busca ser una herramienta didáctica que permita a legisladores, jueces, académicos, abogados y demás interesados comprender y aplicar estos lineamientos de forma clara y estructurada.

En el sector judicial, esto se aplicará de la siguiente manera. Ante un caso de maternidad subrogada, cuya presencia en instancias judiciales en el Perú es aún poco frecuente, el primer paso para el juez será identificar la pretensión. Supongamos que se trata de una impugnación de la maternidad en el contexto de una maternidad subrogada gestacional altruista, en el cual la hermana de la madre intencional es la gestante subrogada, similar al caso *C.M.S.E. vs. L.E.M.B.* (véase en el capítulo 1). En este escenario, el juez identifica que se encuentra ante una acción legal orientada a cuestionar o negar la relación de filiación entre una madre y su hijo. A partir de ello, se identifica que la atención debe centrarse en la "determinación de la filiación", lo que sitúa el caso en la fase *ex post*.

Es importante precisar que el hecho de encontrarse en esta fase no implica que el juez deba excluir o no pueda considerar aspectos relacionados con la fase *ex ante*. Dentro de su discrecionalidad, puede analizar aquellos elementos que considere pertinentes, pero la metodología propuesta lo orientará a priorizar el análisis de la determinación de la filiación. Así, incluso si el juez considera relevante examinar, por

ejemplo, la equidad del acuerdo de subrogación, deberá retornar siempre a la fase *ex post*, ya que en ella se encuentra el núcleo del caso concreto.

Retomando el ejemplo propuesto, el juez deberá seguir los lineamientos establecidos en dicha sección (*“Determinación de la filiación y patria potestas”*) y, posteriormente, analizar la existencia de la voluntad procreativa. Dado que en este supuesto se trata de un acuerdo altruista en el que la gestante fue la hermana de la madre intencional, no existiría mayor controversia en este punto. Por lo que, tras completar este análisis, el juez procederá a examinar el siguiente tópico, que es la protección de los derechos del menor involucrado, un criterio determinante y que siempre debe analizarse cuando estamos en la fase *ex post*²⁰¹. Con ello, deberá regresar al punto inicial del análisis para emitir una decisión que, además de resolver el petitorio en cuestión, garantice la protección de los derechos fundamentales involucrados. La siguiente figura ilustra cómo el juez usaría la metodología propuesta en este caso.

Figura 16

Aplicación del marco metodológico en el caso de determinación de la filiación



Fuente: Elaboración propia.

Como se ha observado, en la fase *ex post* resulta imperativo garantizar la protección de los derechos de los menores concebidos. Sin embargo, considero pertinente establecer esta cuestión como una sección diferenciada, dado que, si bien el interés

²⁰¹ Esto se debe a que, en la fase *ex post*, el análisis se desarrolla una vez ocurrida la concepción, es decir, cuando los niños ya han nacido. Como se ha examinado en detalle en el apartado sobre la *“protección de los derechos de los niños y niñas”*, la tutela de los menores debe garantizarse en todo proceso judicial. Incluso en el supuesto de que la maternidad subrogada estuviera expresamente prohibida, ello no eximiría al Estado de su obligación de proteger a los menores involucrados.

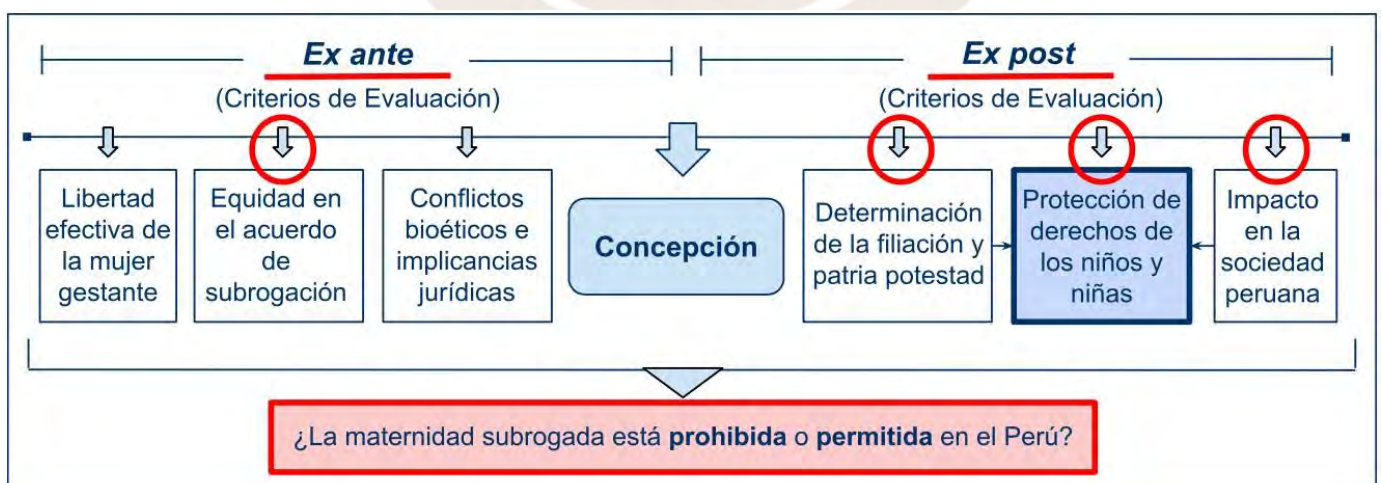
superior debe ser resguardado en todos los casos, pueden presentarse situaciones en las que los derechos del menor sean vulnerados de manera directa.

Un ejemplo de ello es el caso del productor Ricardo Morán. Desde la perspectiva metodológica propuesta, este caso también se encuentra en la fase *ex post*, pero específicamente en el ámbito de la protección de los derechos de los niños. En este sentido, el Tribunal Constitucional debió centrar su análisis en los lineamientos correspondientes a esta sección para garantizar la protección de ambos menores y resolver su situación de incertidumbre legal. En este caso, la vulneración se materializaba en su condición de apatridia debido a la falta de reconocimiento de su nacionalidad peruana, derecho que les correspondía conforme a la Constitución.

El Tribunal centró el debate en cuestiones adicionales, haciendo cuestionamientos recurrentes sobre la concepción, la maternidad y la legalidad de la gestación subrogada en el Perú. Si bien es cierto que frente a la ausencia de una normativa clara, se amerita un pronunciamiento del máximo intérprete de la Constitución sobre el tema, finalmente se optó por una decisión ambigua y problemática (véase el capítulo 1). En consecuencia, aunque la resolución final protegió a los menores, la ausencia de una guía metodológica clara para los magistrados dilató innecesariamente la decisión del caso, en perjuicio de los afectados.

Figura 17

Aplicación errada del marco metodológico propuesto



Fuente: Elaboración propia.

En este sentido, el contraste de la figura 17 con la figura 16 evidencia la complejidad del escenario analizado. La falta de una estructura metodológica clara llevó a que el debate se disperse en diversas aristas sin priorizar la cuestión fundamental: la protección de los derechos de ambos menores. En cambio, la discusión giró sobre todo en torno a si la maternidad subrogada debía considerarse prohibida o permitida en el país. Si bien se reconoce la relevancia de esta cuestión, los magistrados no deben perder de vista el aspecto central del problema: la tutela efectiva de los derechos de los niños involucrados.

De esta manera, la propuesta metodológica bifásica desarrollada en esta tesis, además de ser aplicable en el ámbito judicial como herramienta para orientar decisiones en casos concretos de maternidad subrogada, también puede ser útil en otros espacios relevantes. Por ejemplo, puede constituir un insumo valioso en el debate legislativo, servir como guía para la formulación de estrategias jurídicas por parte de abogados, así como fomentar nuevas líneas de investigación académica sobre el tema. En suma, esta tesis busca contribuir al fortalecimiento del debate constitucional sobre la maternidad subrogada desde un enfoque innovador y pertinente, como lo es el análisis interdisciplinario de la bioética jurídica.

Por último, es importante enfatizar que la propuesta metodológica no busca restringir el debate, todo lo contrario²⁰². La metodología aquí presentada busca proporcionar un esquema estructurado que permita abordar este tema complejo de manera ordenada y sin dilaciones innecesarias que perpetúen la incertidumbre jurídica de los menores. Cabe recordar que, aunque el caso de Ricardo Morán se resolvió con relativa rapidez debido a su alto perfil mediático, es importante recordar que la justicia constitucional en el Perú suele demorar largos períodos, especialmente cuando los casos llegan al Tribunal Constitucional.

Actualmente, aún existen procesos pendientes de resolución, como el de Carmen López y Nilton Zamudio contra RENIEC (Exp. N° 01367-2019-PA/TC). En dicho caso, la audiencia pública se llevó a cabo en 2021 y, hasta la fecha, continúa pendiente de

²⁰² Incluso dentro de algunos tópicos, existen márgenes de análisis que requieren a los legisladores, jueces, abogados y demás interesados examinen aspectos correspondientes a la fase ex ante. Un ejemplo de ello es el tópico relativo a la "*determinación de la filiación y patria potestad*", en el cual, si el caso exige evaluar la capacidad de acción de la mujer gestante, los lineamientos establecidos orientan al juzgador a considerar su libertad efectiva, aspecto que forma parte de la fase ex ante.

resolución. En la última audiencia, celebrada el 24 de julio de 2024, la discusión se centró nuevamente en la interpretación del artículo 7 de la LGS y en la cuestión de la prohibición o aceptación de la maternidad subrogada. En este contexto, la metodología propuesta no solo contribuiría a evitar dilaciones innecesarias en la resolución de estos casos, sino que también aseguraría que las decisiones judiciales se fundamenten en un marco jurídico sólido, priorizando la protección de los derechos fundamentales e incorporando un enfoque interdisciplinario que integre la bioética y la perspectiva de derechos humanos.

Los casos analizados, particularmente el de Ricardo Morán y otros procesos pendientes como el de Carmen López y Nilton Zamudio, ponen de manifiesto la urgente necesidad de contar con herramientas metodológicas estructuradas para abordar la complejidad de la maternidad subrogada. La ausencia de estas herramientas ha resultado en debates judiciales que frecuentemente se desvían hacia cuestiones secundarias, como la interpretación del artículo 7 de la LGS o la legitimidad general de la práctica, relegando a un segundo plano la protección inmediata de los derechos fundamentales de los menores involucrados.

La metodología bifásica propuesta, representa un avance significativo en este sentido, al ofrecer un marco de análisis que permite navegar sistemáticamente por las distintas dimensiones del problema. Este enfoque no solo facilita la toma de decisiones fundamentadas y céleres, sino que también integra elementos cruciales de la bioética y una perspectiva interdisciplinaria. La estructura metodológica, lejos de limitar el análisis judicial, enriquece la deliberación al incorporar consideraciones éticas y principios fundamentales que trascienden el ámbito estrictamente legal.

En un contexto donde la dilación en la resolución de casos puede perpetuar situaciones de vulnerabilidad para los concebidos, tal y como se evidencia en los procesos pendientes ante el Tribunal, esta propuesta metodológica emerge como una herramienta valiosa para garantizar decisiones no solo sean jurídicamente sólidas, sino también oportunas y efectivas en la protección de los derechos fundamentales. El equilibrio que propone entre el rigor jurídico, la consideración bioética y el enfoque interdisciplinario representa un paso adelante en la construcción de respuestas judiciales más integrales y humanas frente a los desafíos que plantea la maternidad subrogada en el ordenamiento jurídico peruano.

CONCLUSIONES

Tras un análisis exhaustivo de la maternidad subrogada en el contexto peruano, la presente investigación concluye que la falta de regulación normativa en el Perú produce un impacto negativo en la sociedad. De manera que, se ha identificado, efectivamente, la existencia de importantes conflictos e implicancias jurídicas, bioéticas y sociales derivados de la falta de una regulación específica. Ante esta situación, existe una urgente necesidad de establecer lineamientos jurídicos y bioéticos claros que orienten su tratamiento, dada la complejidad y multiplicidad de intereses y derechos involucrados.

La presente tesis propone una metodología bifásica –fase *ex ante* y fase *ex post*– que permite abordar sistemáticamente y de manera estructurada los desafíos identificados que plantea la subrogación. Así, se consigue evitar debates abstractos y focalizar la atención en la protección efectiva de los derechos fundamentales de las personas involucradas. Esta aproximación metodológica, desarrollada a partir de un estudio integral, ha demostrado ser una herramienta eficaz para organizar lineamientos coherentes que favorecen una mejor comprensión, regulación e intervención jurídica en los casos de maternidad subrogada.

Por un lado, en la fase *ex ante*, etapa previa al nacimiento del concebido, la ausencia de una regulación específica propicia un escenario de alta inseguridad jurídica en la configuración y formalización de los acuerdos. Esta situación impide garantizar su validez sustancial y expone a las partes involucradas –en especial a las mujeres gestantes– a condiciones de vulnerabilidad, explotación o inequidad. Frente a ello, se hace necesario un enfoque jurídico-bioético que permita evaluar cada caso, asegurando que la práctica se sustente en una autonomía real, condiciones contractuales equitativas y el respeto por la dignidad humana.

Mientras no se establezca un marco normativo claro, los criterios propuestos en esta tesis permiten valorar adecuadamente la libertad de la gestante y la equidad del acuerdo, con el fin de prevenir daños y proteger los derechos de todas las personas involucradas. Para ello, se propone un enfoque que considera dos elementos clave: la libertad efectiva de la mujer gestante y la equidad en las condiciones del acuerdo.

- En relación con la libertad efectiva de la mujer gestante, esta investigación concluye que su autonomía debe evaluarse desde una perspectiva relacional que tenga en cuenta los factores socioeconómicos, culturales y estructurales que pueden condicionar su decisión. Ello implica superar el enfoque meramente formalista del consentimiento, insuficiente en contextos marcados por desigualdades. Por tanto, se considera indispensable implementar mecanismos de evaluación individualizada que verifiquen la intencionalidad, la comprensión y la ausencia de control externo, asegurando que la decisión de participar en el proceso de subrogación no esté motivada por situaciones de necesidad o vulnerabilidad. Asimismo, se requiere garantizar asesoramiento legal y psicológico independiente antes de la firma de cualquier acuerdo, como medida preventiva clave para equilibrar las asimetrías de poder y proteger los derechos de la gestante.
- En cuanto a la equidad en las condiciones del acuerdo de subrogación, los hallazgos de esta investigación indican que su validez está directamente relacionada con una distribución justa de los riesgos y beneficios entre las partes. Esto requiere evaluar si la compensación ofrecida a la gestante es proporcional a todos los riesgos que asume. Se advierte que la falta de regulación sobre las agencias intermediarias de fertilidad representa un factor de riesgo significativo para la equidad del proceso. Por lo que resulta indispensable establecer mecanismos de supervisión que aseguren la transparencia de los costos y eviten prácticas abusivas. En contextos donde existan indicios de explotación por condiciones de vulnerabilidad, se considera pertinente aplicar un enfoque de paternalismo blando, que permita revisar o incluso invalidar el acuerdo, sin que ello afecte la filiación del menor, como medida de protección de los derechos comprometidos.

Ahora bien, en esta fase –ex ante– también surgen cuestiones que, si bien no se vinculan directamente con la validez contractual del acuerdo, son fundamentales en términos jurídicos y éticos. En efecto, esta investigación reconoce que la evaluación ética de los conflictos bioéticos constituye un aspecto central en la evaluación de la maternidad subrogada. Temas como la reducción embrionaria, el diagnóstico genético preimplantatorio o el destino de los embriones supernumerarios plantean

dilemas bioéticos complejos que exigen ser abordados desde el derecho, distinguiendo con claridad entre fines terapéuticos y eugenésicos. Del mismo modo, se advierte que el uso de terminología imprecisa, expresiones como “adopción prenatal”, puede generar confusión jurídica, especialmente en la filiación, lo cual refuerza la necesidad de una revisión conceptual. Finalmente, se concluye que los avances en las técnicas de reproducción asistida seguirán generando nuevos desafíos, por lo que se requiere un marco normativo flexible, pero sustentado en principios bioético-jurídicos sólidos que orienten su interpretación y aplicación.

En suma, la fase *ex ante* de la maternidad subrogada en el Perú requiere con urgencia una regulación que considere no solo los aspectos contractuales, sino también las dimensiones bioéticas que subyacen a esta práctica. Los criterios propuestos en esta tesis ofrecen herramientas interpretativas útiles, que armonizan la autonomía reproductiva con la prevención de la explotación y la protección efectiva de la dignidad humana. Asimismo, constituyen guías sólidas para el abordaje de las nuevas e inciertas problemáticas que, previsiblemente, surgirán en el ámbito de la reproducción asistida y que deberán ser evaluadas conforme a los principios y enfoques aquí propuestos.

Por otro lado, en la fase *ex post*, momento posterior al nacimiento del menor, se identifican serias dificultades en torno a la protección integral de los derechos de los niños y niñas nacidos mediante maternidad subrogada. Se confirma que es en esta etapa se concentran la mayoría de las controversias judiciales, especialmente en torno a la determinación de la filiación y a la inscripción registral. Ante la ausencia de un marco normativo claro, los tribunales han aplicado criterios diversos, en general orientados al interés superior del niño, aunque con una base interpretativa que podría ser mejorada mediante un enfoque interdisciplinario como el que propone esta tesis. En efecto, es imprescindible adoptar lineamientos debidamente fundamentados y sustentados en una perspectiva constitucional y bioética.

Ante la persistente falta de regulación específica, resulta esencial aplicar los criterios propuestos en esta investigación, en busca de garantizar adecuadamente los derechos de los menores afectados en los procesos de subrogación. Este enfoque se realiza principalmente en dos niveles: en la determinación de la filiación y la patria potestad; así como en la protección efectiva del interés superior del menor.

- Respecto a la determinación de la filiación y la patria potestad, el análisis debe realizarse desde dos aristas. La primera es la *voluntad procreativa*, que debe consolidarse como criterio primordial en la atribución de la filiación, desplazando el principio tradicional de que la maternidad se determina exclusivamente por el parto. Así, se reconoce la evolución del derecho de familia hacia modelos que valoran la intencionalidad parental como elemento constitutivo de la filiación. La segunda es la *capacidad efectiva de acción de la mujer gestante*, que debe analizarse cuidadosamente considerando las posibles asimetrías de poder y las condiciones socioeconómicas que puedan haber afectado la validez de su consentimiento. Por tanto, resulta inadecuado establecer de forma absoluta una regla general basada exclusivamente en uno de estos dos elementos. La filiación debe determinarse caso por caso, mediante un análisis contextualizado que pondere la voluntad procreacional de los padres intencionales, las circunstancias particulares de la gestante y, en todo momento, el interés superior del niño.
- En relación con la protección de los derechos de los niños y niñas, es fundamental reconocer que, una vez producido el nacimiento, no puede pretenderse discutir el tema de la subrogación sin considerar la existencia de un nuevo sujeto de derechos. El principio del interés superior del niño, en su triple dimensión como derecho sustantivo, principio jurídico y norma de procedimiento, debe guiar todas las decisiones que los involucren. La falta de regulación no justifica la vulneración de derechos fundamentales como la identidad, la nacionalidad y la filiación, ni constituye fundamento válido para negar su inscripción registral. El sistema judicial debe actuar en todo momento conforme a los principios de igualdad y no discriminación, evitando que los niños nacidos mediante subrogación enfrenten obstáculos adicionales para el reconocimiento y ejercicio de sus derechos.

Así las cosas, se evidencia que, frente a la ausencia de regulación específica y la escasa apertura al debate legislativo sobre estos temas contemporáneos, el rol de los operadores jurídicos –particularmente de los jueces– se ha vuelto indispensable en la etapa *ex post*. Aunque esta tesis ofrece lineamientos generales dirigidos a todos los actores interesados en la discusión constitucional de la maternidad subrogada,

corresponde a los jueces asumir un rol activo en la construcción del derecho aplicable, mediante interpretaciones que reflejen la realidad social y aseguren la seguridad jurídica. Dicha discrecionalidad judicial debe ejercerse sobre la base de una argumentación racional, exhaustiva y congruente con el marco constitucional, los principios bioéticos y los tratados internacionales de derechos humanos. Además, las decisiones deben adoptar una perspectiva pluralista y laica, respetuosa de la diversidad de proyectos de vida en una sociedad democrática.

Ahora bien, en la fase *ex post* también surgen cuestiones adicionales que no están relacionadas directamente con los concebidos, pero son igualmente relevantes. La investigación confirma que la maternidad subrogada en el Perú debe realizarse considerando las condiciones específicas de la sociedad. En tanto que, la profunda vulnerabilidad socioeconómica, que caracteriza amplios sectores del país, la precariedad en la protección de los derechos sexuales y reproductivos, y las deficiencias institucionales existentes, tienen un impacto significativo en su tratamiento. Por ello, se recogen importantes conclusiones a partir del impacto simbólico y social de la subrogación en el contexto peruano.

- Para empezar, al abordar el análisis de la gestación por sustitución, resulta fundamental evitar cualquier argumentación moralista sobre la maternidad y el embarazo, reconociendo la pluralidad de concepciones éticas y la evolución de los roles familiares en una sociedad democrática. La existencia de acuerdos de gestación subrogada no elimina, por sí misma, valores éticos, por lo que es incorrecto sostener que exista una incompatibilidad inherente entre la maternidad y la subrogación sin caer en una visión esencialista. En consecuencia, deben descartarse enfoques paternalistas que restrinjan injustificadamente la autonomía reproductiva de las mujeres. De igual forma, es necesario incorporar un enfoque de género que no solo evite la reproducción de estereotipos, sino que también reconozca plenamente la capacidad de agencia y decisión de las mujeres en estos procesos.
- El Perú se caracteriza por un fuerte rechazo al debate sobre derechos sexuales y reproductivos, lo que refleja la escasa voluntad de abordarlos en instancias legislativas. A ello se suman brechas económicas persistentes que son factores de riesgo para la explotación de mujeres gestantes ante la ausencia

de regulación y de mecanismos de protección efectivos. Esta situación incrementa riesgos específicos como el potencial desarrollo de un “turismo reproductivo” (reproducción o prácticas transfronterizas)²⁰³, el impacto desproporcionado en comunidades vulnerables y la mercantilización de la gestación en zonas de extrema necesidad, agravados por la debilidad institucional. Factores como la clase social, la pertenencia cultural o étnica y las diferencias estructurales profundizan aún más las desigualdades en la distribución de estos riesgos. En consecuencia, es indispensable un análisis riguroso del contexto peruano, pues sus condiciones estructurales podrían amplificar la explotación de las gestantes y vulnerar principios fundamentales de dignidad.

En suma, la fase *ex post* evidencia la necesidad urgente de una regulación que proporcione seguridad jurídica, evite interpretaciones contradictorias y establezca garantías claras para todas las partes involucradas. Los criterios bioético-jurídicos propuestos en esta tesis sirven como guía para el tratamiento y resolución de estos casos, con especial énfasis en la protección de los derechos del menor y la gestante. En definitiva, la evaluación *ex post* de la subrogación en el Perú requiere un enfoque integral que armonice los principios constitucionales, bioéticos y de derechos humanos. De forma que no profundicen las desigualdades sociales existentes, respeten la autonomía y establezcan efectivas salvaguardas frente a los riesgos que plantea esta práctica en la realidad social del país.

Finalmente, los lineamientos y directrices propuestos en esta tesis, estructurados en la metodología bifásica desarrollada, están dirigidos a legisladores, jueces, magistrados, abogados, académicos, estudiantes de derecho y cualquier persona interesada en comprender la maternidad subrogada desde un enfoque integral, bioético, jurídico constitucional e interdisciplinario. Esta investigación constituye una contribución fundamental al panorama jurídico peruano, caracterizado por la ausencia de una regulación específica que ha generado incertidumbre y decisiones judiciales

²⁰³ Respecto a este punto, es pertinente recordar que el uso del término “turismo reproductivo” para referirse al desplazamiento internacional con el fin de acceder a técnicas de reproducción asistida no resulta adecuado, ya que tiende a trivializar las motivaciones personales de quienes recurren a estos procedimientos. En este sentido, la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE) ha recomendado emplear una expresión más neutral y precisa: *Cross-border reproductive care* (CBRC), traducida como “atención reproductiva transfronteriza” (Lamm, 2013, pp. 193).

inconsistentes. Los lineamientos y directrices planteadas –organizados en dos fases evaluativas: *ex ante* y *ex post*– no pretenden ser una solución definitiva, sino una herramienta orientativa que permita sistematizar el análisis de estos complejos casos mientras se avanza hacia una regulación integral desde el ámbito legislativo, contribuyendo también al debate parlamentario.

La metodología propuesta demuestra su utilidad práctica al organizar y estructurar de manera coherente las múltiples aristas que giran en torno a la maternidad subrogada, logrando una evaluación integral de los aspectos controvertidos que esta práctica suscita. Su efectividad se evidencia, por ejemplo, en el ámbito judicial, donde facilita la priorización de cuestiones cruciales según las particularidades de cada caso, como se observa en los ejemplos analizados en esta tesis. En particular, se destaca su capacidad para centrar la atención judicial en la protección de los derechos fundamentales en riesgo, evitando dilaciones procesales y dispersiones argumentativas que pueden afectar la resolución adecuada de los casos.

El valor de esta propuesta, sin embargo, no se limita estrictamente al ámbito judicial. Por lo contrario, trasciende dicho escenario y ofrece un insumo valioso para el debate legislativo, para la formulación de estrategias jurídicas por parte de abogados, para el desarrollo de nuevas líneas de investigación académica y más. Su enfoque interdisciplinario, que integra de manera coherente consideraciones bioéticas y jurídicas, representa un avance significativo hacia resoluciones más integrales, humanas y respetuosas de la dignidad de las personas involucradas.

En definitiva, la metodología propuesta en esta tesis no busca restringir el debate sobre la maternidad subrogada, sino ordenarlo y estructurarlo, asegurando que las decisiones judiciales y los debates legislativos se fundamenten en un marco jurídico sólido que priorice la protección de los derechos fundamentales, especialmente los de los menores nacidos mediante esta práctica. De este modo, se ofrece una herramienta que permite navegar de manera más justa y coherente el complejo panorama de una realidad aún desprovista de regulación específica en el Perú.

RECOMENDACIONES

La ausencia de una regulación específica sobre la maternidad subrogada en el sistema jurídico peruano genera inseguridad jurídica para todas las partes involucradas. Ante esta realidad, resulta imperativo establecer un marco normativo integral que aborde tanto los aspectos previos al nacimiento como las consecuencias posteriores del proceso. Las siguientes recomendaciones se presentan como lineamientos generales para una posible regulación normativa²⁰⁴, considerando la compleja realidad socioeconómica del Perú y los diversos principios bioéticos y constitucionales en riesgo²⁰⁵.

1. Protección de la dignidad y autonomía de la gestante

La regulación debe garantizar que las mujeres gestantes no sean reducidas a meros instrumentos de reproducción, garantizando en el respeto sus derechos humanos, especialmente contemplando:

- Garantizar su participación activa en todas las decisiones médicas que la afectan.
- Proporcionar apoyo post-parto para su salud física y emocional.
- Asegurar que los acuerdos reconozcan y respeten sus derechos humanos.
- Discutir la posibilidad de, si la gestante lo desea, algún tipo de relación continuada con el menor y la familia intencional.

²⁰⁴ Los principios éticos, por sí solos, no bastan para resolver los casos complejos en bioética. Esto se debe a que pueden surgir nuevas circunstancias que exijan otros principios y, además, los existentes requieren concreción en forma de reglas. Se necesitan normas que definan, por ejemplo, los límites del riesgo aceptable o el alcance de medidas no degradantes. Atienza señala que el principal problema de la bioética es precisamente el paso de los principios a las reglas; es decir, construir, a partir de principios con amplio consenso, pautas específicas que permitan resolver problemas prácticos sin acuerdo previo (Atienza, 2010, pp. 71–72). Por tanto, en contextos donde la regulación está ausente, el desarrollo de reglas a partir de principios éticos se vuelve una tarea prioritaria e imprescindible.

²⁰⁵ Para la elaboración de las recomendaciones presentadas en esta tesis, se ha recurrido tanto a la investigación desarrollada en el marco del presente trabajo como al análisis crítico de diversas propuestas doctrinarias relevantes. Entre ellas, se destacan los aportes de Esther Farnós Amorós en *“Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución”*, de Patricia Carolina Garcés Peral y María Antonieta Gonzales Fernández en *“Maternidad por sustitución: breves reflexiones para una regulación desde un enfoque constitucional, de género y derechos humanos”*, así como de José Juan Moreso en *“La gestación por sustitución: un modelo especificacionista”*. La lectura y análisis de estas propuestas ha permitido identificar y seleccionar aquellos planteamientos que resultan más pertinentes y adecuados en el marco del objeto de estudio de esta tesis.

- Prohibir prácticas que limiten excesivamente la libertad de la gestante durante el embarazo, proteger su autonomía corporal y su derecho a la salud.

Debe encontrarse un equilibrio entre respetar la autonomía de la mujer para tomar decisiones sobre su cuerpo y asegurar que estas decisiones no comprometan su dignidad inherente. Se debe reconocer a la mujer gestante como una persona integral, con sus propias necesidades, deseos y proyectos de vida, más allá de su rol en el proceso de gestación.

2. Requisitos y condiciones para las partes involucradas

Una regulación normativa debería establecer requisitos específicos para las potenciales gestantes, así como para los padres y madres intencionales.

Para la gestante:

- Edad mínima calificada (por ejemplo, entre 21 y 30 años).
- Haber dado a luz previamente a al menos un hijo sano, asegurando que la gestante conoce las implicaciones de un proceso de embarazo.
- Evaluación psicológica integral.
- Garantía de condiciones socioeconómicas adecuadas.
- Asesoramiento legal independiente y obligatorio.
- Limitación del número de procedimientos (por ejemplo, una o dos veces, incluyendo intentos fallidos) a fin de proteger su salud y evitar la profesionalización o explotación de la práctica.
- Priorizar la gestación por sustitución *gestacional* donde la gestante no aporta material genético propio, ya que minimiza los riesgos de conflictos sobre la filiación y cambios de opinión tras el nacimiento.

Para los comitentes:

- Definir criterios claros de acceso (diagnóstico médico de infertilidad, incompatibilidad con otras TRA). Un enfoque que se puede adoptar es el presentar a la maternidad subrogada como un "último recurso".

- Evaluar su capacidad, aptitud y motivación para ejercer la responsabilidad parental y denegar la transferencia de filiación si existe un daño potencial para el menor.
- No exigir necesariamente un vínculo genético entre comitentes y el nacido, considerando modelos basados en la voluntad procreacional.

Sobre la relación entre las partes:

- No exigir ni prohibir vínculos familiares o relaciones cercanas entre la gestante subrogada y los comitentes.
- Prohibir explícitamente relaciones de subordinación económica.
- Considerar nulas las cláusulas abusivas que limiten indebidamente su libertad de actuación (como restricciones de movilidad, hábitos de vida más allá de recomendaciones médicas básicas, etc.).

3. Salvaguardas contra la explotación y enfoque interseccional

Para mitigar los riesgos de explotación, especialmente en un contexto de desigualdad como el peruano, se recomienda:

- Establecer períodos de reflexión obligatorios antes de firmar cualquier acuerdo.
- Requerir asesoramiento psicológico obligatorio para todas las partes.
- Restringir la publicidad de servicios de subrogación.
- Realizar evaluaciones socioeconómicas integrales de las potenciales gestantes.
- Implementar programas de apoyo específicos para mujeres en situaciones de vulnerabilidad múltiple.
- Incorporar análisis diferenciados de los impactos en grupos vulnerables.
- Desarrollar políticas compensatorias que reduzcan las desigualdades estructurales.

La regulación debe incorporar el enfoque de género e interseccionalidad. Esto, reconociendo que en la realidad peruana pueden confluír simultáneamente varios factores de discriminación (como la pobreza, discapacidad, origen indígena, etc.) que afectan la protección de las mujeres.

4. Sistema de registro, control y homologación judicial

Teniendo en cuenta las sugerencias previas, sería importante la creación de:

- Un registro nacional de gestación subrogada que asegure transparencia y trazabilidad. Este registro permitiría la inscripción de potenciales gestantes y comitentes que cumplan los requisitos, formalizar y controlar los acuerdos (verificando, por ejemplo, el límite de procedimientos por gestante), obtener datos sobre la práctica y facilitar el acceso del nacido a sus orígenes genéticos (rompiendo el anonimato).
- Un comité de ética interdisciplinario para la evaluación de casos.
- Mecanismos de homologación judicial²⁰⁶ obligatoria previa a la aplicación de las técnicas de reproducción asistida y/o transferencia embrionaria.
- Sistemas de fiscalización de las clínicas y centros de fertilidad.
- Formalización del acuerdo por escrito, idealmente ante un notario.

La homologación judicial previa permite evaluar la validez del acuerdo, garantizar que respeta los derechos de las partes y el interés superior del futuro menor, y facilita la determinación de la filiación desde el nacimiento. De esta manera, se evitan los serios inconvenientes y riesgos de conflicto que plantearía la homologación judicial *ex post* (posterior al nacimiento).

5. Prevención del “turismo reproductivo”

Para desincentivar la gestación por sustitución transfronteriza, se recomienda:

- Regular la gestación por sustitución a nivel interno como vía para enfrentar el fenómeno transfronterizo.
- Establecer requisitos de conexión nacional (nacionalidad o residencia legal de al menos un comitente). Aunque estos límites pueden ser criticados como

²⁰⁶ Esta recomendación puede fundamentarse en una adaptación del artículo 337 del Código Procesal Civil peruano, ya que ambos establecen un control judicial preventivo para salvaguardar principios fundamentales. Mientras el artículo 337 verifica que las transacciones no afecten el orden público o las buenas costumbres antes de otorgarles validez jurídica, la homologación en reproducción asistida evaluaría el consentimiento informado, la intención procreacional y los acuerdos sobre filiación para proteger el interés superior del niño y la dignidad humana. Esta adaptación, aunque requeriría desarrollo legislativo específico, transferiría los beneficios de seguridad jurídica y estabilidad que ofrece la homologación civil tradicional al ámbito bioético, garantizando que los procedimientos médicos respeten valores fundamentales y establezcan claridad sobre derechos y obligaciones futuras con carácter de cosa juzgada.

discriminatorios o ineficaces, en algunos sistemas son utilizados para prevenir prácticas ilegales como la trata de personas.

- Desarrollar cooperación internacional para armonizar regulaciones.
- Implementar sanciones efectivas para intermediarios que fomenten esta práctica.
- Evitar la "exportación del conflicto" y la posible explotación de mujeres en otras jurisdicciones.

6. Políticas complementarias y capacitación

De manera complementaria a la regulación normativa, se deben implementar:

- Programas de formación para operadores jurídicos, funcionarios administrativos y personal médico.
- Campañas de información pública sobre los alcances y limitaciones de la práctica de la maternidad subrogada.
- Sensibilización sobre los aspectos éticos y jurídicos involucrados.
- Políticas públicas que aborden las desigualdades estructurales.
- Garantía del acceso equitativo a bienes fundamentales como educación, atención médica y oportunidades económicas.
- Priorización del interés superior del niño en todas las decisiones relacionadas con menores de edad en la maternidad subrogada.
- Mecanismos para la resolución de conflictos y cambios de opinión durante el proceso.

Posición respecto a la maternidad subrogada en el contexto peruano

El análisis de la realidad peruana sugiere que un modelo totalmente prohibitivo podría resultar ineficaz, trasladando la práctica a la clandestinidad y aumentando los riesgos de explotación²⁰⁷ (Satz, 2015, p.180). Por otro lado, un modelo excesivamente permisivo podría facilitar la mercantilización de la mujer y generar situaciones de

²⁰⁷ Considero necesaria una regulación, ya que normar un mercado puede ser la mejor forma de reducir sus efectos nocivos. En algunos casos, lo más eficaz es prohibir la participación de ciertos agentes, especialmente cuando se compromete la igualdad en las relaciones sociales (Satz, 2015, p. 143). En otros, es mejor optar por leyes protectoras, educación e incentivos a la responsabilidad (Satz, 2015, p. 151). En el caso de la maternidad subrogada, una regulación adecuada puede equilibrar los intereses de los padres intencionales y los derechos de las partes involucradas.

vulnerabilidad, especialmente en un contexto de desigualdad socioeconómica como el peruano. Desde una perspectiva crítica, considero que, dada la actual realidad social y económica del Perú –caracterizada por significativas desigualdades estructurales y altos niveles de vulnerabilidad–, no debería permitirse una maternidad subrogada de manera abierta o irrestricta.

Se recomienda, por tanto, un enfoque regulatorio restrictivo que combine elementos de prohibición general con excepciones controladas, dirigidas a casos específicos y bajo estricta supervisión estatal. Este modelo debe complementarse con políticas públicas que aborden las desigualdades estructurales que pueden llevar a las mujeres a considerar la gestación subrogada como única opción económica viable.

Asimismo, la investigación evidencia que no resulta recomendable permitir la maternidad subrogada de manera comercial. El factor económico convierte esta práctica en un mercado potencialmente nocivo que podría intensificar desigualdades existentes y generar situaciones de explotación, que difícilmente podría ser controlado con eficacia en nuestro contexto actual. La instrumentalización del cuerpo femenino y la posible erosión de la dignidad humana son riesgos significativos en contextos de vulnerabilidad social. En el caso peruano, donde convergen múltiples factores de desigualdad, la comercialización de la capacidad reproductiva podría reforzar patrones de inequidad y generar situaciones de subordinación económica.

Por tanto, me inclino hacia una postura que favorece una prohibición general de la práctica, que únicamente permita excepciones en contextos estrictamente regulados bajo parámetros altruistas, con salvaguardas robustas y mecanismos de supervisión estatal rigurosos. En este marco restrictivo, se propone autorizar una compensación económica resarcitoria razonable, limitada a cubrir los gastos efectivamente incurridos por la gestante. Entre estos se pueden considerar molestias físicas, desplazamientos, lucro cesante y demás costes necesarios para garantizar condiciones idóneas durante el embarazo y el postparto, sin que ello se convierta en un incentivo económico. Para ello, se sugiere la intervención de una autoridad independiente, que establezca y revise periódicamente los parámetros y cuantías máximas de dicha compensación. Así se asegura la transparencia, el control público y la protección integral tanto de la mujer gestante como del interés superior del niño.

Un modelo regulatorio restrictivo, con prohibiciones expresas sobre la comercialización y con autorizaciones limitadas y excepcionalmente fundadas, resulta –en mi opinión– el ideal para equilibrar la protección de los derechos fundamentales, evitar la explotación y resguardar la dignidad humana en esta materia tan delicada. Este enfoque regulatorio restrictivo permitiría abordar la realidad de la práctica sin legitimarla como una transacción comercial, priorizando la dignidad humana. De esta manera, se reconoce que, en determinadas circunstancias excepcionales, la maternidad subrogada altruista podría ser compatible con los valores constitucionales y los principios bioéticos fundamentales, siempre que se implementen salvaguardas suficientes para evitar abusos y proteger a las partes más vulnerables.



REFERENCIAS

Abad, S. (2012). *¿Es el Perú un estado laico?: análisis jurídico desde los derechos sexuales y derechos reproductivos*. Católicas por el derecho a decidir-Perú.

Alemaný, M. (2005). El concepto y la justificación del paternalismo. *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 28, 265-303.

Alchourrón C. y Bulygib E. (2021). Problemas de la teoría general del derecho. En: Trotta (Eds.), *Análisis lógico y derecho*, (pp. 361-538).

Anderson, E. S. (1990). Is Women's Labor a Commodity? *Philosophy & Public Affairs*, 19(1), 71–92.

<http://www.jstor.org/stable/2265363>

Andina (2018, 3 de septiembre). *Ginecólogo chileno narra vía crucis de Rosario Madueño para ser madre*.

<https://andina.pe/agencia/noticia.aspx?id=723949>

Anónimo. (2025, 2 de abril). Vientres y madres subrogadas. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/1DaGtq2eY5/?mibextid=wwXlfr>

Arteta, C. (2011). Maternidad subrogada. *Revista de Ciencias Biomédicas* 2 (1), 91-97.

<https://revistas.unicartagena.edu.co/index.php/cbiomedicas/article/view/3397/2873>

Atienza, M. (1998). *Juridificar la bioética*. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes.

<https://www.cervantesvirtual.com/obra/juridificar-la-biotica-0/>

Atienza, M. (2010). *Bioética, Derecho y Argumentación* (2.^a ed.). Lima: Palestra.

Atienza, M. (2022). Sobre la gestación por sustitución. Otra vuelta de tuerca. *Revista de Bioética y Derecho* (56), 107-124.

<https://scielo.isciii.es/pdf/bioetica/n56/1886-5887-bioetica-56-00107.pdf>

Ávila, C. (2017). La maternidad subrogada en el Derecho comparado. *Cadernos de Derecho Actual* 6 (pp. 313-344).

<https://cadernosdedereitoactual.es/ojs/index.php/cadernos/article/view/101/124>

Babygest. (2015, 22 de diciembre). *El caso Buzzanca contra Buzzanca*.

<https://babygest.com/es/el-caso-buzzanca-contra-buzzanca/>

Babygest. (2018). *Combinaciones posibles en gestación subrogada tradicional* [Figura]. Recuperado el 25 de enero de 2024 de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/combinaciones-posibles-en-gestacion-subrogada-tradicional/>

Babygest. (2019). *¿Cuáles son los diferentes tipos de gestación subrogada?* [Figura]. Recuperado el 25 de enero de 2024 de <https://babygest.com/es/tipos-de-subrogacion/>

Balaguer, M.L. (2017). *Hij@s del mercado: la maternidad subrogada en un Estado Social*. Ediciones Cátedra Universitat de València.

Barrenetxea, G., Carti, G., Barranquero, M., Saucedo, E., Azaña, S., y Salvador, Z. (2021, 29 de septiembre). *La fecundación in vitro (FIV) - ¿Qué es y cuál es su precio?* Reproducción Asistida ORG.

<https://www.reproduccionasistida.org/fecundacion-in-vitro-fiv/#diferencia-de-la-fiv-con-la-inseminacion-artificial-ia>

Barrére, A., y Morondo, D. (2011). Subdiscriminación y discriminación interseccional: Elementos para una teoría del derecho antidiscriminatorio. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 45, 15-42.

Beauchamp, T. L., & Childress, J. F. (2013). *Principles of biomedical ethics* (7th ed.). Oxford University Press.

Beltrán, P. (2021, 7 de agosto). *¿Qué es la maternidad subrogada?* [Seminario Web]. Pólemos.

<https://www.youtube.com/watch?v=N4zT68EJZpk>

Beltrán, I. (2023, 29 de marzo). *Lo que el dinero no debería poder comprar: el caso «Baby M»*. Blog de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

<https://ignasibeltran.com/2023/03/29/lo-que-el-dinero-no-deberia-poder-comprar-el-caso-baby-m/>

Bladilo, A., Torre, N., y Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39).

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100002

Bullard, A. (1995). Bullard Gonzales, A. (1995). Advertencia: el presente artículo puede herir su sensibilidad jurídica. El alquiler de vientre, las madres sustitutas y el Derecho Contractual. *IUS ET VERITAS*, 5(10), 51-64.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15475>

Carracedo, S. (2015). *La fertilización in vitro y el debate sobre el estatuto del no nacido*. [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/7212/CARRACEDO_URIBE_SARAH_FERTILIZACION.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Cabal, L., Lemaitre, J. y Roa, M. (Eds.). (2001). *Cuerpo y derecho: legislación y jurisprudencia en América latina*. Temis.

Carrio, A. (2021). La fuente de las mujeres. Sobre la especialidad de los acuerdos de gestación subrogada y otras cuestiones adyacentes. En A. Carrio (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 35-56). Marcial Pons.

Choque, J. (2025, 27 de abril). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/1G1wVPZYEV/?mibextid=wwXlfr>

Cieza, J. (2017). *Las técnicas de reproducción humana asistida. El impacto y la necesidad de una regulación en el Perú*. Instituto Pacífico.

Cooperativa.cl (2018, 8 de septiembre). *Caso vientre de alquiler: Excarcelan a matrimonio chileno en Perú*.

<https://www.cooperativa.cl/noticias/pais/relaciones-exteriores/chilenos-en-el-externo/caso-ventre-de-alquiler-excarcelan-a-matrimonio-chileno-en-peru/2018-09-08/155701.html>

Colomé, C.G. (2024, 26 de mayo). "Nadie me habló de riesgos": lo que no se cuenta de los vientres de alquiler. El País.

<https://elpais.com/us/2024-05-27/nadie-me-hablo-de-riesgos-lo-que-no-se-cuenta-de-los-vientres-de-alquiler.html>

Congregación para la Doctrina de la Fe. (2008). *Instrucción Dignitas Personae sobre algunas cuestiones de bioética*. Ciudad del Vaticano: Libreria Editrice Vaticana.

https://www.vatican.va/roman_curia/congregations/cfaith/documents/rc_con_cfaith_doc_20081208_dignitas-personae_sp.html

Cornejo, O. (2016). *Paternalismo y protección de la salud: El paternalismo en la salud pública* [Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Perú].

Cornejo, O. (2019). El derecho a la salud: Apuntes desde una reflexión interdisciplinaria. *Revista Justicia y Derechos Humanos* (4), 59-89.

Cornejo, O. (2024). Respuestas adaptativas, derecho a la salud y el límite del criterio de satisfacción: una reflexión y puesta en evidencia desde el sistema de salud peruano. *Derecho PUCP*. (pp. 361 - 393).

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/28880>

Costa, M. (2024, 29 de octubre). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/16LyJAJSG/?mibextid=wwXlfr>

Crenshaw, K. (1989). Demarginalizing the intersection of race and sex: A Black feminist critique of antidiscrimination doctrine, feminist theory and antiracist politics. *University of Chicago Legal Forum* 138-167.

<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1052&context=ucf>

Crenshaw, K. (2016). The urgency of intersectionality [Conferencia TED]. https://www.ted.com/talks/kimberle_crenshaw_the_urgency_of_intersectionality

Cruz, J. (2013). La maternidad subrogada. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura. Vol. XXX* (ISSN 0213-988-X). 641-653.

Defensoría del Pueblo. (2023). *Supervisión a los servicios de planificación familiar en las regiones de Áncash, Arequipa, Ayacucho, Cajamarca, Huánuco, Huancavelica, Junín, Ica, Loreto, Pasco y Puno.*

https://www.defensoria.gob.pe/wp-content/uploads/2023/05/SUPERVISI%C3%93N-DEFENSORIAL-A-LOS-SERVICIOS-DE-PLANIFICACI%C3%93N-FAMILIAR_Final.pdf

De Lora, P., y M., Gascón. (2008). Caracterización General de la Bioética. En *Bioética: Principios, Desafíos, Debates.* (pp. 15 - 59). Alianza Editorial.

Dobernig, M. (2018). Maternidad subrogada: Su regulación. En S. Chan, F. Ibarra y M. Medina (Coords.), *Bioética y Bioderecho: Reflexiones clásicas y nuevos desafíos* (pp. 251-294). Universidad Nacional Autónoma de México.

<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4733/23.pdf>

Dodds, S. (2000). Choice and Control in Feminist Bioethics. En C. Mackenzie y N. Stoljar (Eds.), *Relational autonomy: Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self* (pp. 213-235). Oxford University Press.

Emol (2018). Pareja chilena que consiguió un vientre subrogado en Perú cuenta cómo fueron sus días en la cárcel.

<https://www.emol.com/noticias/Nacional/2018/09/29/922236/los-dias-en-la-carcel-del-matrimonio-chileno-que-arrendo-un-viente-en-peru.html>

El País. (2024, 8 de enero). *El papa Francisco pide la “prohibición universal” de los vientres de alquiler.*

https://elpais.com/sociedad/2024-01-08/el-papa-pide-la-prohibicion-universal-de-los-vientres-de-alquiler.html?event_log=go

ENoMW & ICASM. (2022). *Migrant women and reproductive exploitation in the surrogacy industry.* Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood - European Network of Migrant Women.

<https://abolition-ms.org/wp-content/uploads/2022/10/ENG-Final-Migration-and-surrogacy.pdf>

Eskenazi, J., Mercado, L., & Muñoz, I. (2017). Agencia, conflicto y desarrollo humano en Ayacucho: el caso de Sacsamarca post-Sendero Luminoso. En: I. Muñoz, M. Blondet y G. Gamio (Eds.), *Ética, agencia y desarrollo humano: V Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades* (pp. 309-344). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170379/E%cc%81tica%2c%20agencia%20y%20desarrollo%20humano%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Espinoza, J. (2015). Sobre el binomio libertad-responsabilidad respecto de aquellos que se someten a las técnicas de reproducción médicamente asistidas: un tema de “derecho viviente” en el Perú. *Persona y Familia*, 1(4), 93-112.

<https://revistas.unife.edu.pe/index.php/personayfamilia/article/view/449/257>

Estrada, H. (2018). Maternidad Subrogada: Desarrollo Conceptual y Normativo. *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria DIDP*. (26), 1-21.

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/\\$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/0EC35ECB8FC015E80525830C006C25FC/$FILE/N%C2%B009_2018-2019_maternidad.pdf)

Farnós, E. (2017). Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho (I). *Revista de Bioética y Derecho*, (40), 231-242.

https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017#fn2

Farnós, E. (2021). Más allá del reconocimiento: propuestas para regular la gestación por sustitución. En A. Carrio (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 131-186). Marcial Pons.

Farnós, E. (2022). El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la relevancia del vínculo genético: una revisión de la jurisprudencia sobre gestación por sustitución transfronteriza. *Revista de Bioética y Derecho*, (56), 29-54.

https://scielo.isciii.es/scielo.php?pid=S1886-58872022000300003&script=sci_arttext

Fondo de Población de las Naciones Unidas - UNFPA. (s.f.). *Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*.

<https://www.unfpa.org/es/conferencia-internacional-sobre-la-poblacion-y-el-desarrollo>

García, G. (2025, 26 de enero). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/groups/868572925061956/permalink/1127597979159448/?mibextid=wwXlfr&rdid=kYydz8dei076jcpY#>

Gestacy México [@gestacymexico]. (2024, 17 de febrero). *¿Cuáles son las razones válidas para elegir la gestación subrogada?* TikTok.

<https://www.tiktok.com/@gestacymexico/video/7472080879536360759>

Global Market Insights. (2022). *Surrogacy Market - By Type (Gestational Surrogacy, Traditional Surrogacy), By Technology (Intrauterine Insemination (IUI), In-vitro Fertilization (IVF)), By Age Group, By Service Provider & Forecast, 2023-2032*.

<https://www.gminsights.com/industry-analysis/surrogacy-market>

González, M. y C. Garcés. (2021). Maternidad por sustitución: breves reflexiones para una regulación desde un enfoque constitucional, de género y derechos humanos. En J. Nieves, J. Sotomayor, A. Escobar, M. Ruiz, J. Reyes y C. Camarena (Eds.), *Derecho y Medicina: Una perspectiva legal sobre la salud* (pp. 271-296). Editorial Jurídica THĒMIS.

Guastini, R. (2014). Construcción jurídica y ciencia del derecho. En: Marcial Pons (Eds.), *Interpretar y argumentar* (pp. 117-124).

Hidalgo, M. (2018, 25 de octubre). Alicia Miyares. *Filósofa y Coordinadora de la Plataforma "No Somos Vasijas"*. "Este no es un debate de emociones, es un debate de derechos". Fusion Asturias.

<https://fusionasturias.com/entrevistas/alicia-miyares-filosofa-y-coordinadora-de-la-plataforma-no-somos-vasijas-este-no-es-un-debate-de-emociones-es-un-debate-de-derechos.htm>

Hinostroza, A. (1997). *Derecho de Familia*. Editora Fecat.

lam Pedro Prieto [@pedroprietotv]. (2023, 5 de mayo). *Fui papá por gestación subrogada*. TikTok.

<https://vm.tiktok.com/ZMhBGyacx/>

Igareda, N. (2021). La gestación por sustitución o el cuerpo de las mujeres como espacio de lo ilícito. En A. Carrio (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 21-34). Marcial Pons.

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2023, 23 de septiembre). El 63,2% de las denuncias de Trata de Personas es por explotación sexual [Nota de prensa].

<https://m.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/noticias/nota-de-prensa-n-146-2023-inei.pdf>

Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2024). *Perú: evolución de la pobreza monetaria 2014-2023* (Informe técnico).

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/6469130/5558432-peru-evolucion-de-la-pobreza-monetaria-2014-2023.pdf?v=1718204242>

Jiménez, D. (2017). La educación para la ciudadanía democrática y su relación con el enfoque de las capacidades en la propuesta de Martha Nussbaum. En: I. Muñoz, M. Blondet y G. Gamio (Eds.), *Ética, agencia y desarrollo humano: V Conferencia de la Asociación Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades* (pp. 171-186). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170379/E%cc%81tica%2c%20agencia%20y%20desarrollo%20humano%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Lamm, E. (2013). *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*. Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.

https://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

Landa, C. (2021). Dignidad de la persona humana. En C. Landa (Ed.), *Derechos a la dignidad, libre desarrollo de la personalidad e identidad personal* (pp. 21-80). Palestra - Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Lema, C. (2021). Los determinantes sociales en el derecho a la salud. En Lema, C. (Ed.), *Los determinantes sociales de la salud: Más allá del Derecho a la Salud* (pp.27-116). Editorial DYKINSON.

León, M. Á. (2018). Efectos jurídicos de la reproducción asistida heteróloga en la regulación civil y familiar en México. *Revista Iberoamericana De Bioética*, (6), 01-15.

<https://revistas.comillas.edu/index.php/bioetica-revista-iberoamericana/article/view/8155>

López, D. (2018). *Manual de escritura jurídica*. Legis Editores S.A., - Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado - ANDJE.

López, F. (2025, 28 de abril). Vientres y madres subrogadas. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/1DSe6Z6Bzx/?mibextid=wwXlfr>

Lucumí, J. P. (2024, 8 de enero). “Es deplorable”: el papa Francisco pide prohibir el alquiler de vientres. France24.

<https://www.france24.com/es/general/20240108-es-deplorable-el-papa-francisco-pide-prohibir-el-alquiler-de-vientres>

Luna, F. (2008). *Reproducción asistida, género y derechos humanos en América Latina*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/PersonasColect/reproduccion-asistida-genero-y-derechos-humanos-en-america-latina.pdf>

Luna, F. y Buedo, P. (Anfitrionas). (2021a, 16 de noviembre). Ética y genética [Episodio de podcast de audio]. En *Bioética para beber*. Rodríguez, V.

<https://open.spotify.com/episode/7fsyJDpEp0z9jO7SYYP9qE?si=p83tn1N5S06BJAAHqUDtcw>

Luna, F. y Buedo, P. (Anfitrionas). (2021b, 10 de agosto). Bioética feminista [Episodio de podcast de audio]. En *Bioética para beber*. Buedo, P. y Rodríguez, V. <https://open.spotify.com/episode/2oBLz5IXoWsZFpHSytqeaM?si=7X3VTj4cTFiCazD8dQbrWw&t=1375&context=spotify%3Ashow%3A13HlwiLzr0ROIx94MReNQi>

Luna, F. y Buedo, P. (Anfitrionas). (2021c, 19 de octubre). Nuevas formas de procrear [Episodio de podcast de audio]. En *Bioética para beber*. Rodríguez, V. <https://open.spotify.com/episode/48MgwWdzEHwPFxtn5XuPI7?si=WPFTwyCiSs-C3GL8hL08uw>

Mackenzie, C., y Stoljar, N. (2000). Introduction: Autonomy Refigured. En C. Mackenzie y N. Stoljar (Eds.), *Relational autonomy: Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self* (pp. 3-31). Oxford University Press.

MADRE SUBROGADA. (s.f.). *Grupo público donde publican anuncios, consultas y coordinan procesos informales de maternidad subrogada entre gestantes, comitentes y terceros interesados*. [Grupo de Facebook]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/g/1FDXZG5YAb/?mibextid=wwXlfr>

Madre subrogada en Perú. (s.f.). *Grupo público donde publican anuncios, consultas y coordinan procesos informales de maternidad subrogada entre gestantes, comitentes y terceros interesados*. [Grupo de Facebook]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/g/1AeBQCfHS3/?mibextid=wwXlfr>

Marciani, B. y Padilla, Á. (2021). *Laicidad del Estado peruano y derechos sexuales y derechos reproductivos: un análisis jurídico*. Católicas por el Derecho a Decidir - Perú.

Marrades, A. (2002). *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*. Universitat de València.

Martínez, H. (2018). Maternidad subrogada. *Revista Venezolana de Legislación y Jurisprudencia* (10), 269-284.

<http://rvlj.com.ve/wp-content/uploads/2018/07/Revista-No.-10-I-269-284.pdf>

Martínez, K. y C. Rodríguez. (2021). La maternidad subrogada: tendencias de regulación en Latinoamérica. *Revista Jurídicas*, 18 (1), 74-90.

[http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas18\(1\)_5.pdf](http://juridicas.ucaldas.edu.co/downloads/Juridicas18(1)_5.pdf)

McLeod, C., y Sherwin, S. (2000). Relational Autonomy, Self-Trust, and Health Care for Patients Who Are Oppressed. En C. Mackenzie y N. Stoljar (Eds.), *Relational autonomy: Feminist perspectives on autonomy, agency, and the social self* (pp. 259-279). Oxford University Press.

Meli, M. (2025, 26 de febrero). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/1CPKP2ckAM/?mibextid=wwXlfr>

Merino, A. (2023). *El mapa de la gestación subrogada en el mundo* [Figura]. Recuperado el 20 de enero de 2024 de <https://elordenmundial.com/mapas-y-graficos/mapa-gestacion-subrogada-mundo/>

Miyares, A. (2018). *Jornadas de debate sobre maternidad subrogada* [Seminario Web]. Juezas y jueces para la democracia.

<https://www.youtube.com/watch?v=ml6pievGsFg&t=4222s>

Monge, L. (2020). Declaración judicial de paternidad extramatrimonial. En M. Muro y M. Torres (Coords.), *Código Civil comentado, Tomo III* (pp. 11-21). Gaceta Jurídica.

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/stein/wp-content/uploads/sites/734/2021/03/CODIGO-CIVIL-TOMO-3.pdf>

Moreso, J. (2021). La gestación por sustitución: un modelo especificacionista. En A. Carrio (Ed.), *Gestación por sustitución. Análisis crítico y propuestas de regulación*. (pp. 57-72). Marcial Pons.

Mujica, J. (2007, 24 de octubre). *Los grupos conservadores en el Perú*. PROMSEX.

<https://promsex.org/publicaciones/los-grupos-conservadores-en-el-peru/>

Naula, L. L. (2024, 15 de noviembre). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/19QnGhDAVf/?mibextid=wwXlfr>

Nuevas Familias México [@nuevasfamilias.mx]. (2024, 19 de julio). *¡Gracias a Carolina por compartimos su viaje y experiencia como gestante subrogada! ¡Sigamos construyendo un futuro mejor para nuevas familias!* TikTok.

<https://vm.tiktok.com/ZMhBGuRGq/>

Nuevos comienzos. (2025, 30 de marzo). MADRE SUBROGADA. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/16Noge6dCD/?mibextid=wwXlfr>

Nussbaum, M. C. (2007). *Las fronteras de la justicia: consideraciones sobre la exclusión*. Paidós.

Oré, G. (2014). Discriminación múltiple, interseccionalidad e igualdad multidimensional en el marco de los derechos humanos. En CLADEM (Ed.), *Manual de formación en género y derechos humanos*.

Organización Mundial de la Salud. (2008). *Subsanar las desigualdades en una generación: Alcanzar la equidad sanitaria actuando sobre los determinantes sociales de la salud*. Comisión sobre Determinantes de Salud OMS.

https://iris.who.int/bitstream/handle/10665/69830/WHO_IER_CSDH_08.1_spa.pdf?sequence=1

Organización Panamericana de la Salud. (2024). *Determinantes sociales de la salud sexual y reproductiva*. OPS.

<https://www.paho.org/es/temas/determinantes-sociales-salud>

Pérez, M. M. (2010). *Derecho de familia y sucesiones*. Cultura Jurídica.

<https://repositorio.uide.edu.ec/bitstream/37000/3993/1/-Derecho-de-Familia-y-Sucesiones-Mari-a-de-Montserrat-Pe-rez-Contreras-pdf-1-1.pdf>

Pérez, J. A. (2015). Normas constitutivas: reglas que confieren poderes y reglas puramente constitutivas. Las definiciones. En: González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp.27-45.

Pérez, E. y Peñaranda Correa, F. (2017). La comprensión de la salud como metacapacidad en el programa familia, mujer e infancia. *Hacia la Promoción de la Salud*, 22(2), 38-52.

<http://www.scielo.org.co/pdf/hpsal/v22n2/0121-7577-hpsal-22-02-00038.pdf>

Perú21. (2020, 21 de agosto). *El Perú se posiciona como uno de los países líderes en el terreno de la fertilidad asistida.*

<https://peru21.pe/vida/salud/parejas-el-peru-se-posiciona-como-uno-de-los-paises-lideres-en-el-terreno-de-la-fertilidad-asistida-noticia/?ref=p21r>

Perú21. (2024a, 03 de marzo). *Hasta un millón y medio de peruanos sufren de infertilidad.*

<https://peru21.pe/vida/salud/hasta-un-millon-y-medio-de-peruanos-sufren-de-infertilidad-noticia/>

Perú21. (2024b, 11 de mayo). *Perú supera a Chile y Colombia en número de procedimientos de fertilidad asistida.*

<https://peru21.pe/vida/salud/peru-supera-a-chile-y-colombia-en-numero-de-procedimientos-de-fertilidad-asistida-fertilidad-asistida-salud-reproductiva-dia-de-la-madre-maternidad-noticia/>

Plácido, A. F. (2015). *Manual de derechos de los niños, niñas y adolescentes*. Instituto Pacífico.

Puigpelat, F. (2010). Los derechos reproductivos de las mujeres: interrupción voluntaria del embarazo y maternidad subrogada. En Cruz, P. y R., Vásquez, *Debates constitucionales sobre derechos humanos de las mujeres*. México. Fotomara.

Purdy, L. (1989). Surrogate mothering: Exploitation or empowerment. *Bioethics*, 3, 18-39.

Raguz, M. (2017). Libertades restringidas: la falta de reconocimiento de los derechos humanos, capacidades y agencia en adolescentes latinoamericanos con relación a su salud sexual y reproductiva y desarrollo en igualdad. En: I. Muñoz, M. Blondet y G. Gamio (Eds.), *Ética, agencia y desarrollo humano: V Conferencia de la Asociación*

Latinoamericana y del Caribe para el Desarrollo Humano y el Enfoque de Capacidades (pp. 269-292). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<https://repositorio.pucp.edu.pe/index/bitstream/handle/123456789/170379/E%cc%81tica%2c%20agencia%20y%20desarrollo%20humano%20con%20sello.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Revilla, M. (2017). *Derecho eclesiástico del Estado peruano*. (1ª. ed., Vol. 17). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ródenas, Á. (2015). Normas regulativas: principios y reglas. En: González Lagier, D. (coord.), *Conceptos básicos del derecho*. Madrid: Marcial Pons, pp. 15-25.

Rodríguez, L. (s.f.). *Derechos sexuales y reproductivos en el marco de los derechos humanos*. Fondo de Población de Naciones Unidas.

<https://redinterquorum.org/dsr/wp-content/uploads/sites/2/2021/03/2-Derechos-sexuales-y-reproductivos-en-el-marco-de-los-derechos-humanos.pdf>

Rubio, M. (2009). *El sistema jurídico: Introducción al Derecho*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rupay, L. (2018). La maternidad subrogada gestacional altruista en el Perú: problemática y desafíos actuales. *Derecho & Sociedad*, (51), 103-117.

<https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/20862/20574>

Salazar, M. (2013). Los Derechos sexuales y reproductivos de las mujeres en México en el Marco Jurídico Internacional. En *Mujeres, Derechos y Sociedad* (pp. 1-37). ISSN 1870-1442.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/4C4132864821414905257D160071FFCE/%24FILE/losDerechosSexualesYReproductivosDeLasMujeresEnMexicoEnElMarcoJuridicoInternacional.pdf

Sandel, M. (2012). *Justicia: ¿Hacemos lo que debemos?* (J. Campos, Trad.) Debolsillo.

Santa, V. (2018). Problemas de Política Pública y Estado Situacional de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en el Perú. *Departamento de Investigación y Documentación Parlamentaria DIDP*. (20), 1-24.

https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con5_uibd.nsf/25ADE7B6962521CC0525834A00726952/%24FILE/reproduccion_asisitada_N20.pdf

Satz, D. (2015). *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta: Los límites morales del mercado* (H. Salas, Trad., 1.ª ed.). Siglo Veintiuno Editores (Obra original publicada en 2010).

[https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Debra%20Satz%20-%20Por%20qu%C3%A9%20algunas%20cosas%20no%20deber%C3%ADan%20estar%20en%20venta%20\(Siglo%20XXI,%202015\).pdf](https://www.legisver.gob.mx/equidadNotas/publicacionLXIII/Debra%20Satz%20-%20Por%20qu%C3%A9%20algunas%20cosas%20no%20deber%C3%ADan%20estar%20en%20venta%20(Siglo%20XXI,%202015).pdf)

Seremos Padres Mx [@siseremospadres]. (2024, 14 de marzo). *Para las parejas homoparentales u hombres solteros, la única forma de tener un hijo genéticamente vinculado es a través de la gestación subrogada*. TikTok.

<https://vm.tiktok.com/ZMhBGWPUH/>

Siverino, P. (2014a). Panorama sobre la regulación de la salud sexual y reproductiva en la Argentina. En O. Garay (Coord.), *Responsabilidad profesional de los médicos. Ética bioética y jurídica. Civil y penal* (Segunda edición actualizada y ampliada, pp. 19 - 84). Buenos Aires: La Ley.

Siverino, P. (2014b). Derechos humanos y técnicas de reproducción asistida en el Perú: relevo jurisprudencial y pautas para el análisis. En J. Llaja (Coord./Ed.), *Los Derechos de las Mujeres en la mira* (pp. 101 - 140). Lima: DEMUS – Estudio para la Defensa de los Derechos de la Mujer.

https://www.demus.org.pe/wp-content/uploads/2015/05/771_observatorio_ok.pdf

Siverino, P. (2024a, 11 de diciembre). *Bioética en la jurisprudencia. Diálogo constitucional con Paula Siverino* [Video]. YouTube.

<https://www.youtube.com/watch?v=X86b3fG2euA>

Siverino, P. (2024b). *Introducción a la bioética jurídica*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Solar, D. (2024, 04 de junio). *Día mundial de la fertilidad: conoce los principales procedimientos de reproducción asistida que se realizan en Perú*.

<https://www.infobae.com/peru/2024/06/05/dia-mundial-de-la-fertilidad-conoce-los-principales-procedimientos-de-reproduccion-asistida-que-se-realizan-en-peru/>

Soto, J. (2025, 22 de febrero). Vientre de alquiler PERU. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/19nzptuRex/?mibextid=wwXlfr>

Sotomayor, J. E. (2021). *Argumentación jurídica: una introducción*. ZELA.

Stacey, D. (2025, 8 de abril). La justicia colombiana saca la cara por el Congreso: ordena incluir a la madre gestante en el registro de un bebé nacido por vientre de alquiler. *EL PAÍS América Colombia*. <https://elpais.com/america-colombia/2025-04-09/la-justicia-colombiana-saca-la-cara-por-el-congreso-ordena-incluir-a-la-madre-gestante-en-el-registro-de-un-bebe-nacido-por-vientre-de-alquiler.com>

Talavera, F. N. (1997). Los principios generales del derecho: la buena fe y el abuso del derecho. *Agenda internacional*, 4(9), 109-134.

Tong, R. (1996). *Feminist approaches to bioethics*. En S. M. Wolf (Ed.), *Feminism and bioethics: Beyond reproduction* (p. 74). Oxford University Press.

Valery, P. C. (2025, 23 de abril). Madre subrogada en Perú. [Publicación]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/p/15M1iKpHGN/?mibextid=wwXlfr>

Vargas, B. (2024, 11 de mayo). *Cada año alrededor de 10 mil embarazos en el Perú se realizan mediante técnicas de reproducción asistida*.

<https://enterateaqp.com/contenido/3425/cada-ano-alrededor-de-10-mil-embarazos-en-el-peru-se-da-mediante-tecnicas-de-rep?utm.com>

Varsi, E. (1999). *Filiación, derecho y genética: aproximaciones a la teoría de la filiación biológica*. Universidad de Lima, Fondo de Cultura Económica.

Varsi, E. (2017). Determinación de la filiación en la procreación asistida. *Revista IUS*, 11(39), 9-23.

https://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006#:~:text=Si%20se%20realizan%20con%20el,maternidad%20subrogada%2C%20se%20denomina%20heter%C3%B3loga.

Vega, P., y López, R. (2014). Ética en la investigación clínica. *Rev Chil Anest [Internet]*, 43, 361-367.

<https://www.revistachilenadeanestesia.cl/PII/revchilanestv43n04.19.pdf>

Vidiella, G. (2008). La justicia en la salud. En F. Luna & A. L. F. Salles (Eds.), *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos* (pp. 395-426). Fondo de Cultura Económica.

Ventre de alquiler PERU. (s.f.). *Grupo público donde publican anuncios, consultas y coordinan procesos informales de maternidad subrogada entre gestantes, comitentes y terceros interesados*. [Grupo de Facebook]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/g/1HWZ9xXTTS/?mibextid=wwXlfr>

Vientres y madres subrogadas. (s.f.). *Grupo público donde publican anuncios, consultas y coordinan procesos informales de maternidad subrogada entre gestantes, comitentes y terceros interesados*. [Grupo de Facebook]. Facebook.

<https://www.facebook.com/share/g/12J3opEqDfh/?mibextid=wwXlfr>

Villanueva, R. (2008). *Protección constitucional de los derechos sexuales y reproductivos*. Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

<https://www.iidh.ed.cr/images/Publicaciones/PersonasColect/proteccion-constitucional-de-los-derechos-sexuales-y-reproductivos.pdf>

Villanueva, R. (2009). *Derecho a la salud, perspectiva de género y multiculturalismo*. Palestra.

Wertheimer, A. (1997). Exploitation and Commercial Surrogacy. *Denv. U. L. Rev*, 74, 1215-1229.

<https://digitalcommons.du.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2001&context=dlr>

Willner, R. y P. Siverino. (2020). *IV Conversatorio en tiempos de COVID-19: Discusión actual sobre las Técnicas de Reproducción Asistida* [Seminario Web]. Khuska, programa de Desarrollo Social de la Asociación Civil THĒMIS.

https://www.facebook.com/watch/live/?ref=watch_permalink&v=620939358522610

Wong, J.J. (2018). El derecho a la verdad biológica de los niños. Comentario a la sentencia recaída en la Casación N° 2245-2014 San Martín. En S. Morales y F. Montoya (Coords.), *Los procesos judiciales en el derecho de familia* (pp. 191-218). Instituto Pacífico.

Yamin, A. (2018). El poder, el sufrimiento y la lucha por la dignidad. Los marcos de derechos humanos para la salud y por qué son importantes. Bogotá: Uniandes.

MARCO NORMATIVO Y DICTÁMENES DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL PERUANA

Asociación Médica Mundial. (1964). *Declaración de Helsinki: Principios éticos para las investigaciones médicas en seres humanos*.

<https://www.wma.net/es/policias-post/declaracion-de-helsinki-de-la-amm-principios-eticos-para-las-investigaciones-medicas-en-seres-humanos/>

Brasil. (2002). *Lei N° 10.406, de 10 de janeiro de 2002: Institui o Código Civil*. Diário Oficial da União.

https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/l10406compilada.htm

Code civil. (1804). *Legifrance*.

<https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/19413>

Code pénal. (1992). *Legifrance*.

<https://www.wipo.int/wipolex/es/legislation/details/14297>

Código Civil del Estado de Querétaro. (2023). *Diario Oficial del Estado de Querétaro*, 7 de julio de 2023.

https://www.poderjudicialqro.gob.mx/biblio/leeDoc.php?cual=844&tabla=tbiblioteca_historial

Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza. (2023). *Periódico Oficial del Estado de Coahuila de Zaragoza*, 27 de junio de 2023.

<https://www.ordenjuridico.gob.mx/Publicaciones/DI2005/pdf/CO1.pdf>

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (2000). Observación general N° 14 sobre el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud. (E/C.12/2000/4).

<https://www.refworld.org/es/leg/general/cescr/2000/es/36991>

Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer. (2004). Recomendación general No. 25, sobre el párrafo 1 del artículo 4 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, referente a medidas especiales de carácter temporal.

[https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20\(Spanish\).pdf](https://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/General%20recommendation%2025%20(Spanish).pdf)

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. (2000). Recomendación general N° XXV relativa a las dimensiones de la discriminación racial relacionadas con el género.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Issues/Women/WRGS/GenderStereotyping/REC_25_en.pdf

Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo. (1994, 5 a 13 de septiembre). *Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo*. El Cairo. 978-0-89714-025-6.

https://www.un.org/en/development/desa/population/publications/ICPD_programme_of_action_es.pdf

Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (1993, 14 a 25 de junio). *Declaración y Programa de Acción*. Viena. A/CONF.157/23.

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g93/142/36/pdf/g9314236.pdf?token=BMppG6rZTkPmaqaiNC&fe=true>

Congreso Constituyente Democrático. (1993). Constitución Política del Perú. Diario Oficial El Peruano.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/198518/Constitucion_Politica_del_Peru_1993.pdf?v=1594239946

Congreso de la República del Perú. (1984). Código Civil. Decreto Legislativo N.º 295. Diario Oficial El Peruano.

<https://lpderecho.pe/codigo-civil-peruano-realmente-actualizado/>

Congreso de la República del Perú. (1991). Código Penal. Decreto Legislativo N.º 635. Diario Oficial El Peruano.

<https://lpderecho.pe/codigo-penal-peruano-actualizado/>

Congreso de la República de Perú. (1997, 20 de julio). *Ley 26842. Por la cual se expide la Ley General de Salud*. Diario Oficial El Peruano.

<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/284868/ley-general-de-salud.pdf?v=1572397294>

Congreso de la República del Perú. (2000). Código de los Niños y Adolescentes. Ley N.º 27337. Diario Oficial El Peruano.

<https://lpderecho.pe/codigo-ninos-adolescentes-ley-27337-actualizado/>

Congreso de la República del Perú. (2021). Nuevo Código Procesal Constitucional. Ley N.º 31307. Diario Oficial El Peruano.

<https://www.tc.gob.pe/wp-content/uploads/2021/08/Nuevo-Codigo-Procesal-Constitucional.pdf>

Constitución Española. (1978). *Boletín Oficial del Estado* (BOE) núm. 311, de 29 de diciembre de 1978.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (1917). *Diario Oficial de la Federación* (DOF), 5 de febrero de 1917.

<https://www.gob.mx/indesol/documentos/constitucion-politica-de-los-estados-unidos-mexicanos-97187>

Conselho Federal de Medicina. (2015). *Resolução CFM Nº 2.121/2015: Adota as normas éticas para a utilização das técnicas de reprodução assistida*. Diário Oficial da União, Seção I, p. 117.

https://sistemas.cfm.org.br/normas/arquivos/resolucoes/BR/2015/2121_2015.pdf

Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), 22 de noviembre de 1969.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/convencion-americana-derechos-humanos.pdf>

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer - Convención de Belém do Pará, 14 de agosto de 1995.

https://www.oas.org/dil/esp/convencion_belem_do_para.pdf

Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer - CEDAW, 18 de diciembre de 1979.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), 20 de noviembre de 1989.

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer. (1995, 4 a 15 de septiembre). *Declaración y Plataforma de Acción*. Beijing. A/CONF.177/20/Rev.1.

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/n96/273/04/pdf/n9627304.pdf?token=Xjj7i7XiSaKD4nXMBd&fe=true>

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana Bogotá, Colombia, 1948.

<https://www.oas.org/es/cidh/mandato/basicos/declaracion.asp>

Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), 10 de diciembre de 1948.

<https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>

España. (2006). *Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida*. Boletín Oficial del Estado, 126, 19947–19956.

<https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2006-9292>

Naciones Unidas. (2002). Declaración y Programa de Acción de Durban.

https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/Durban_text_en.pdf

Naciones Unidas. (2006). Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-rights-persons-disabilities>

Naciones Unidas - ONU [a] (s.f.). *Conferencia Mundial de Derechos Humanos 14 a 25 de junio de 1993, Viena*.

<https://www.un.org/es/conferences/human-rights/vienna1993>

Naciones Unidas - ONU [b] (s.f.). *Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, 4 a 15 de septiembre de 1995, Beijing, China*.

<https://www.un.org/es/conferences/women/beijing1995>

National Commission for the Protection of Human Subjects of Biomedical and Behavioral Research. (1979). *The Belmont Report: Ethical principles and guidelines for the protection of human subjects of research*. Departamento de Salud y Servicios Humanos de los Estados Unidos.

<https://www.hhs.gov/ohrp/regulations-and-policy/belmont-report/read-the-belmont-report/index.html>

Observación General 14. *El derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud (art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales)*.

Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, 11 de agosto de 2000.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1451.pdf>

Octava Conferencia Regional sobre la Mujer de América Latina y el Caribe. (2000, 8 a 10 de febrero). *Consenso de Lima*.

https://www.cepal.org/sites/default/files/events/files/consenso_de_lima_0.pdf

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH). (2017). Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (A/HRC/35/10).

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g17/097/54/pdf/g1709754.pdf>

Opinión Consultiva OC-24/17. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 24 de noviembre de 2017.

https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_24_esp.pdf

Organización Mundial de la Salud. (2022). Constitución de la Organización Mundial de la Salud.

<https://www.who.int/es/about/governance/constitution>

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), 23 de marzo de 1976.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-civil-and-political-rights>

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), 3 de enero de 1976.

<https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/international-covenant-economic-social-and-cultural-rights>

Parlamento del Reino Unido. (1985). *Surrogacy Arrangements Act 1985: c. 49*.

<https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49>

Parlamento de Nueva Gales del Sur. (2010). *Children (Education and Care Services) National Law (NSW) No. 102*.

<https://legislation.nsw.gov.au/view/whole/html/inforce/current/act-2010-102>

Parlamento de Tasmania. (2012). *Surrogacy Act 2012 (No. 34 of 2012)*.

<https://www.legislation.tas.gov.au/view/whole/html/asmade/act-2012-034>

Parlamento de la India. (2021). *Surrogacy (Regulation) Act, 2021 (Ley N.º 47 de 2021)*.

<https://www.indiacode.nic.in/bitstream/123456789/17046/1/A2021-47.pdf>

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre los Derechos Humanos en materia de Derechos económicos, sociales y culturales, 17 de noviembre de 1988.

<https://www.oas.org/es/sadye/inclusion-social/protocolo-ssv/docs/protocolo-san-salvador-es.pdf>

Recomendación General N° 24 sobre la mujer y la salud (artículo 12 de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer), Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), 02 de febrero de 1999.

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2001/1280.pdf>

Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias. (2011). Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, Rashida Manjoo (A/HRC/17/26).

<https://documents.un.org/doc/undoc/gen/g11/130/25/pdf/g1113025.pdf>

Resolución Ministerial N.º 0300-2016-JUS. (2016). Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. Diario Oficial El Peruano.

<https://www.gob.pe/institucion/minjus/informes-publicaciones/429560-anteproyecto-de-modificaciones-del-decreto-legislativo-n-295-codigo-civil>

Resolución N° 2003/28. El derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental. Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, 22 de abril de 2003.

[E-CN 4-RES-2003-28.docohchrhttps://ap.ohchr.org › CHR › resolutions › E-CN...](https://ap.ohchr.org › CHR › resolutions › E-CN...)

SENTENCIAS DE JURISDICCIÓN INTERNACIONAL Y NACIONAL

Caso Artavia Murillo y otros (“Fertilización in vitro”) vs. Costa Rica. (2012, 28 de noviembre). Corte Interamericana de Derechos Humanos.

https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf

Casación N° 5003-2007. (2008, 8 de mayo). Corte Suprema de Justicia de la República.

<https://lpderecho.pe/hermano-menor-legitimo-interes-impugnar-reconocimiento-maternidad-virtud-vinculo-sanguineo-sin-necesidad-acreditar-afectacion-casacion-5003-2007-lima/>

Casación N° 563-2011. (2011, 6 de diciembre). Corte Suprema de Justicia.

<https://lpderecho.pe/primer-caso-maternidad-subrogada-corte-suprema-casacion-563-2011-lima/>

Expediente N° 00882-2023-PA/TC. (2023, 13 de octubre). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/00882-2023-AA.pdf>

Expediente N° 06374-2016-0-1801-JR-CI-05. (2017, 21 de febrero). Corte Superior de Justicia de Lima. Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional.

<https://es.scribd.com/document/345430227/Expediente06374-2016-0-1801-JR-CI-05>

Expediente N° 01286-2017-0-1801-JR-CI-11. (2017, 21 de noviembre). Décimo Primer Juzgado Especializado en lo Constitucional.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1760795/REVISTA_ACADEMICA_NOMBRES_IV.pdf.pdf

Expediente N° 01367-2019-PA/TC. (2024, 24 de julio). Tribunal Constitucional del Perú.

<https://www.tc.gob.pe/institucional/notas-de-prensa/tc-sesiono-en-audiencia-publica-y-dejo-al-voto-dos-demandas-de-amparo-en-las-que-se-abordo-los-casos-sobre-maternidad-subrogada-y-cambio-de-sexo/>

Expediente N° 1707-2022. (2024, 12 de enero). Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Constitucional. (Ordóñez Alcántara).

<https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2024/07/Expediente-1707-2022-LPDerecho.pdf>

Expediente N° 183515-2006-00113. (2009, 6 de enero). Corte Superior de Justicia de Lima. Juzgado Décimo Quinto de Familia de Lima.

https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/1760795/REVISTA_ACADEMICA_NOMBRES_IV.pdf.pdf

Sentencia T-968. (2009). Corte Constitucional Colombiana.

<https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/t-968-09.htm>

