

EVOLUCIÓN GLOBAL DE LOS MARCOS LEGALES SOBRE MATERNIDAD SUSTITUTA

GLOBAL EVOLUTION OF LEGAL FRAMEWORKS FOR SURROGACY

María Alejandra Vanney*

RESUMEN: La maternidad subrogada es un tema central en los debates legales y sociales debido a su expansión, el crecimiento de su mercado, su carácter transfronterizo y su relación con casos de explotación y trata. Por ello, es fundamental evaluar regularmente su tratamiento en el derecho nacional e internacional. Este artículo analiza los principales cambios legales que tuvieron lugar en 2024. El marco temporal responde a varios motivos, entre ellos, al cambio de paradigma que constituyen la Directiva (UE) 2024/1712, que tipifica la explotación de la subrogación como trata, y la Resolución de la Asamblea General de la ONU, que la incluye entre las formas de trata de mujeres y niñas; así como al aumento en la producción académica y en la visibilidad mediática del tema. Asimismo, dado que no existe una base con información actualizada acerca de los cambios legales globales, la elaboración de relevamientos cíclicos permite observar cómo el derecho responde (o no) al crecimiento del mercado reproductivo y a las críticas sobre la mercantilización del cuerpo y la comodificación de los niños. El artículo presenta las causas por las cuales la subrogación siempre implica violencia contra mujeres y niños y afirma que, tratándose de un mercado global que mueve grandes sumas de dinero y no conoce fronteras, la protección de las partes más vulnerables no puede ser regulada por contratos de derecho privado. Solo un tratado internacional que la prohíba garantizará el respeto a su dignidad humana.

Palabras clave: Maternidad subrogada, Directiva (UE) 2024/1712, violencia contra mujeres y niños, explotación de la vulnerabilidad, Declaración de Casablanca.

ABSTRACT: Surrogacy is a central topic in legal and social debates due to its expansion, the growth of its market, its cross-border nature, and its connection to cases of exploitation and trafficking. Therefore, it is essential to regularly assess how it is addressed in national and international law. This article examines the main legal developments of 2024, from domestic reforms in various countries to key judicial rulings. The chosen time frame re-

* Doctora en Filosofía, Universidad de Navarra (España). Abogada, Universidad Católica Argentina; Magister en Gobierno, Universidad de Navarra; Magister en Estudios Europeos, Universidad de Varsovia y Universidad de Maastricht. Profesora Titular de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Szkoła Główna Mikołaja Kopernika (Escuela Superior Nicolás Copérnico) (Polonia). Dirección postal: ul. Fryderyka Chopina 6, 20-026 Lublin, Polonia. Correo electrónico: mvanney@sgmk.edu.pl.  0000-0001-6472-7688. Todas las traducciones que se realizan en este documento son nuestras.

flects several factors, including a paradigmatic shift in how surrogacy is addressed. The article highlights two significant regulatory milestones: EU Directive 2024/1712, which classifies surrogacy exploitation as trafficking, and the UN General Assembly Resolution, which includes commercial surrogacy exploitation among the forms of trafficking in women and girls. It also notes the increase in academic production and media visibility surrounding the topic. Moreover, given the lack of an up-to-date global database on legal changes in this area, it is important to carry out regular legal reviews to observe how the law responds (or fails to respond) to the growth of the reproductive market and the criticisms regarding the commodification of the body and the children. The article analyzes the reasons why surrogacy inherently involves violence against women and children and argues that, as a global market involving vast financial transactions and operating beyond borders, protecting the most vulnerable parties cannot be left to private law contracts. Only an international treaty prohibiting surrogacy can ensure respect for their human dignity.

Keywords: Surrogacy, EU Directive 2024/1712, violence against women and children, exploitation of vulnerability, Declaration of Casablanca.

I. INTRODUCCIÓN

En 2024, la maternidad sustituta o subrogada se ha convertido en un tema central en los debates legales y sociales a nivel global. Así, por ejemplo, en el Reino Unido, el número de nacimientos por subrogación reconocidos por los tribunales casi se cuadruplicó en una década, pasando de 117 en 2011 a 413 en 2020¹. El mercado global, por su parte, está experimentando un crecimiento sin precedentes. Así, según un informe de *Precedence Research* (actualizado al 5 de septiembre de 2024), el valor de este mercado superó los 17,55 mil millones de dólares en 2023 y se estima que aumentará de 21,85 mil millones en 2024 a aproximadamente 195,97 mil millones en 2034. Este incremento proyectado, con una tasa compuesta anual del 24,53 % entre 2024 y 2034, refleja la creciente demanda y comercialización de la gestación subrogada a nivel mundial².

Por otro lado, el carácter transnacional de esta práctica pone por delante desafíos jurídicos de gran importancia. En efecto, según *The Economist*, en Estados Unidos casi un tercio de estos embarazos son para padres extranjeros provenientes de países como China o Francia, donde todas las formas de subrogación están prohibidas, o de países como el Reino Unido, que solo la permite en los casos en que las madres sustitutas pueden recibir únicamente el reembolso de gastos razonables³.

¹ Datos publicados por el Ministerio de Justicia del Reino Unido el 24 de junio de 2021, que indican cuántas órdenes parentales se han concedido a los solicitantes en los tribunales de familia de Inglaterra y Gales desde 2011 hasta el final del primer trimestre de 2021. No incluyen los casos de gestación subrogada que evitaron el sistema de órdenes parentales. MY SURROGACY JOURNEY (sitio web, 2022).

² PRECEDENCE RESEARCH (sitio web, 2024).

³ THE ECONOMIST (2025).

Frente a esta realidad, desde hace varios años son constantes las iniciativas legislativas tendientes a regular la subrogación (prohibiéndola, abriéndole las puertas o estableciendo requisitos para su práctica) a nivel nacional e internacional. En 2024 diversos países han revisado sus marcos legales, teóricamente con el fin de equilibrar los avances en las tecnologías reproductivas con la protección de los derechos de las partes involucradas, en varios casos distinguiendo si es comercial o altruista, muchas veces intentando abordar los desafíos transfronterizos, la posible situación de vulnerabilidad de la mujer, el peligro de explotación y trata de personas, etc.

El propósito de este artículo, centrado exclusivamente en el año 2024, es revisar los principales casos en los que se produjeron cambios legislativos efectivos—dejando de lado aquellos aún en etapa prelegislativa o en trámite parlamentario—, así como fallos jurisprudenciales relevantes, tanto favorables como contrarios a la práctica de la maternidad sustituta.

Si bien es cierto que este campo se caracteriza por su dinamismo y por una evolución normativa constante, el recorte temporal propuesto no es arbitrario: 2024 constituye una coyuntura particularmente significativa, tanto desde el punto de vista normativo como discursivo. En primer lugar, la aprobación de la Directiva Europea 2024/1712, que—como se analizará más adelante— tipifica ciertas formas de subrogación como trata de personas, marcó un punto de inflexión en el enfoque jurídico internacional, reactivando debates sobre la necesidad de una regulación global coherente y centrada en los derechos humanos. En segundo lugar, la difusión de la “Declaración de Casablanca”, firmada por expertos de más de 70 países, consolidó un consenso ético transnacional que aboga por una regulación que la prohíba definitivamente⁴. Finalmente, la amplia cobertura mediática de la desarticulación de redes de trata para la subrogación de vientres y la venta de bebés para padres intencionales procedentes de diversos países ha reavivado el interés público y académico sobre la cuestión, generando un entorno de discusión especialmente fértil para el análisis jurídico y bioético⁵. A ello se suma un dato no menor: la ausencia de una base de datos internacional, actualizada y de acceso público que sistematice el estado legal de la maternidad subrogada en los distintos países. Esta carencia no solo dificulta el análisis comparado, sino que subraya la necesidad de realizar un seguimiento año a año, que permita identificar tendencias, rupturas y continuidades en la evolución normativa y jurisprudencial de esta práctica⁶.

⁴ La “Declaración de Casablanca” reúne a un grupo internacional de expertos de diversas disciplinas, incluidos juristas, médicos y psicólogos, que han trabajado extensamente en el tema de la gestación subrogada. Este grupo se dirige a los Estados y organizaciones internacionales para ofrecer su experiencia y apoyar iniciativas políticas, legales y diplomáticas, con el objetivo de abolir la gestación subrogada a nivel mundial, promoviendo la adopción de una convención internacional que prohíba esta práctica de manera universal.

⁵ Véase, MINISTERIO DE SEGURIDAD NACIONAL (Argentina) (sitio web, 2024); U.S. DEPARTMENT OF STATE (sitio web, 2024).

⁶ Actualmente, el *Observatoire de la Procréation Assistée* constituye la base de datos más completa sobre el tema; sin embargo, cabe señalar que su información no se encuentra completamente actualizada. Véase, OBSERVATOIRE DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE (sitio web).

A continuación, tras una breve presentación de la cuestión, presentaremos el tema principal del artículo y concluiremos argumentando por qué solo una legislación que prohíba toda forma de maternidad subrogada a nivel global, en línea con lo que sostiene la “Declaración de Casablanca”, es adecuada para proteger los derechos humanos del hijo y de la madre. Entre otras cosas, porque, de algún modo, todos los países –hayan tomado una postura legal o no– “se ven afectados porque a sus mujeres se les pide que sean madres subrogadas o sus nacionales viajan al extranjero para tener un hijo mediante la gestación subrogada”⁷.

II. CONCEPTOS FUNDAMENTALES

Entendemos por maternidad subrogada o sustituta la práctica mediante la cual uno o varios comitentes acuerdan con una mujer que ésta gestic o lleve en su vientre a un niño concebido mediante técnicas de reproducción asistida, con el propósito de entregarlo, una vez nacido, a quienes lo han encargado y asumirán su paternidad o maternidad. Si bien existen diversas formas de llevar a cabo esta práctica, en todas ellas el objetivo es transferir la paternidad del niño nacido a otra u otras personas, despojando de la maternidad a la subrogante. Se trata, tal como señala el “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, de “uno de los temas bioéticos más controvertidos del momento por su carácter disruptivo sobre el modo en que la procreación humana, y las consecuentes relaciones de maternidad y filiación, han sido entendidas y reguladas hasta la actualidad”⁸.

En efecto, “[p]or primera vez en la historia se plantea la posibilidad de disociar la gestación de la maternidad”⁹, disociación que se manifiesta en la diversidad de denominaciones que recibe esta práctica. Así, quienes consideran que el rol de la mujer se reduce al tiempo que va desde que comienzan los tratamientos reproductivos tendientes a la concepción hasta el nacimiento del niño y, en términos de su cuerpo, principalmente se relaciona con el acceso a sus órganos reproductivos, utilizan denominaciones tales como “gestación por sustitución” o “gestación por cuenta ajena”. Por otro lado, quienes enfatizan que el papel de la mujer gestante trasciende a ese período de tiempo, y que, para dar a luz a un niño, la mujer pone a disposición su ser completo –no solo su sistema reproductivo o su corporalidad–, se refieren a la práctica como “maternidad sustituta” o “maternidad subrogada”¹⁰. Final-

⁷ Véase, DECLARACIÓN DE CASABLANCA (sitio web, 2023).

⁸ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) p. 3.

⁹ COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) p. 3.

¹⁰ Utilizaremos aquí estas últimas denominaciones con la conciencia de que no son perfectas. En efecto, tal como señala el “Informe del Comité de Bioética”, “desde la perspectiva biológica y genética la maternidad no es sustituible: o hay maternidad genética (la madre que aporta el óvulo) o hay maternidad fisiológica (la madre gestante)”. COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017) pp. 9-10. Sin embargo, desde una perspectiva interdisciplinaria que va más allá de cuestiones biomédicas, cabe considerar que la maternidad de la mujer que da a luz abarca una realidad que trasciende lo mera-

mente, las denominaciones “donación temporaria de útero” o “alquiler de vientre”, aunque también consideran que la práctica afecta a la mujer únicamente durante el período de tiempo del embarazo y que concierne principalmente a su cuerpo, se consideran peyorativas porque abiertamente reducen a la mujer a un mero instrumento o, valiéndonos de una expresión de Melgar Rimachi, porque “convierte [el cuerpo de las mujeres] en lugares de intervención pública”¹¹.

Como bien señala Sánchez-Martínez¹², la maternidad por sustitución involucra un número de actores mucho mayor al de la reproducción tradicional, en particular¹³:

- 1) madres sustitutas (que pueden recibir una compensación económica o no, según la práctica sea comercial o altruista¹⁴);
- 2) padres o madres intencionales, contratantes o comitentes (que por problemas de esterilidad o por motivos no relacionados con la salud, desean convertirse en padre o madre del niño a todos los efectos, mediante un acuerdo o contrato con la madre sustituta afirmando su “voluntad procreacional”; en la mayoría de los casos se trata de una pareja heterosexual u homosexual, pero puede tratarse también de una persona que desea asumir la paternidad o maternidad individualmente);
- 3) padres biológicos (quienes aportan el óvulo y el espermatozoides, pueden coincidir o no con los padres intencionales, e incluso con la madre sustituta, si es ella quien aporta el óvulo¹⁵);
- 4) hijos nacidos de esta práctica, y

mente genético (el óvulo aportado) o fisiológico (el embarazo experimentado). De hecho, la mujer no pone a disposición solo el útero, ni siquiera su cuerpo entero, sino su propia condición de mujer. En este contexto, el término “maternidad sustituta” o “maternidad subrogada” subraya la profunda conexión entre la experiencia vivida por la madre sustituta y la maternidad tradicional, más aún teniendo en cuenta que cada embarazo deja una huella en la mujer y en el niño que perduran durante toda la vida. En efecto, evidencia científica demuestra que la gestación afecta la expresión de los genes y provoca cambios significativos en el niño, lo que convierte a la madre gestante en un factor activo en su identidad. Por ejemplo, investigaciones han revelado intercambios celulares sustanciales entre la sangre materna y fetal, encontrándose células fetales en el cerebro de mujeres embarazadas. CHAN y otros (2012). Este intercambio, junto con los cambios epigenéticos, subraya el papel fundamental de la madre gestante en la configuración de la identidad del niño. KLONISCH y DROUIN (2009).

¹¹ MELGAR (2024) p. 105.

¹² SÁNCHEZ-MARTÍNEZ (2016) pp. 151-154.

¹³ MUÑOZ-GÓMEZ (2021) p. 66.

¹⁴ De acuerdo con el Informe “*Children’s Rights Related to Surrogacy*”, la gestación sustituta con fines de lucro comprende aproximadamente entre el 98% y el 99% de todos los acuerdos de gestación subrogada. CONSEJO DE EUROPA (2016) N° 28.

¹⁵ Cuando la madre sustituta es inseminada con sus propios óvulos, se suele denominar “subrogación tradicional o plena”, en contraposición con la “subrogación gestacional o parcial”. Siguiendo esta clasificación, quien lleva a cabo el embarazo es considerada “madre sustituta”, mientras que en el segundo caso se la denomina “madre portadora”.

5) empresas de fertilidad y su personal (personas jurídicas cuyo objeto comercial es prestar servicios reproductivos tendientes a realizar todas las tareas jurídicas, logísticas y médicas necesarias; en ocasiones esta función se desdobra según las operaciones a realizar: quien recluta y contrata a las mujeres, la empresa de salud que se ocupa de los procedimientos médicos, los abogados que redactan los contratos, etc.).

Como es lógico, la participación de tal multiplicidad de actores incrementa el riesgo de discrepancias y conflictos entre las partes, tanto al inicio del tratamiento de reproducción asistida, como durante y después del nacimiento del niño¹⁶. Se intentan mitigar estos riesgos mediante acuerdos o contratos muy detallados y minuciosos que regulan la vida de la madre sustituta (a la que denominan "portadora gestacional") de modo tan detallado que, como veremos a continuación, se pueden considerar contrarios a la dignidad personal de la madre sustituta.

En efecto, tal como señala Lahl, y como puede verse en numerosos contratos tipo disponibles online¹⁷, los contratos de subrogación, además de exigir a la mujer que cursa el embarazo que renuncie a todos los derechos parentales sobre el niño inmediatamente después del nacimiento, transmitiéndoselos a los padres intencionales, acepta no solicitar la custodia ni el derecho de visita, poniendo fin a cualquier vínculo legal con el niño. Es importante destacar que esta renuncia suele ser definitiva e irrevocable, impidiendo cualquier cambio de opinión o el establecimiento de una relación con el niño en el futuro. Además, se suelen incluir cláusulas que revelan el significativo desequilibrio de poder entre los padres intencionales y la madre subrogada, tales como la obligación de renunciar al derecho a la confidencialidad, otorgando a los padres intencionales acceso irrestricto a su información psicológica y médica, así como al privilegio médico-paciente propio del derecho a la privacidad, permitiendo que los padres intencionales y otras partes involucradas revisen sus expedientes médicos durante todo el embarazo.

Por otro lado, imponen con frecuencia restricciones estrictas e invasivas en el estilo de vida de la mujer, que abarcan desde las relaciones sexuales que puede tener con su pareja, el tipo de dieta que debe seguir, el ejercicio que puede realizar, etc., llegando incluso –en algunos casos– a prohibir el uso de tintes para el cabello u otros productos cosméticos con componentes químicos. Más aún, los padres intencionales se reservan el derecho absoluto a solicitar un aborto o la reducción selectiva

¹⁶ Muñoz-Gómez incluye una larga lista de posibles discrepancias entre las partes. MUÑOZ-GÓMEZ (2021) pp. 68-69. Véase también: IGAREDA (2018) pp. 66-67. Por su parte, Souto Galván citando el "Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación 'in vitro' y la Inseminación Artificial Humanas" (Comisión Palacios), señala que la "gestación de sustitución [puede ser] fuente de conflictos de intereses y desencadenantes de graves problemas entre la pareja estéril solicitante, la mujer sustituta o portadora, y el hijo" SOUTO (2005) pp. 280-281.

¹⁷ Las referencias al contenido de los contratos de maternidad sustituta que se presentan a continuación siguen a LALH (2017). Para ejemplos de contratos de subrogación disponibles *online*, puede realizarse una búsqueda con los conceptos *surrogacy*, *contract* y *sample*.

de fetos sin necesidad de considerar la opinión de la madre subrogada. Si bien algunos contratos señalan que puede negarse a abortar, si actúa así queda obligada a devolver todos los costos incurridos por los padres intencionales, así como los pagos recibidos, y a asumir la responsabilidad financiera por la crianza de cualquier niño nacido como resultado del incumplimiento. En cualquier caso, la posibilidad de enfrentar tales consecuencias económicas, sumada a la falta de recursos para obtener asesoramiento legal independiente, sin duda influye en ellas a la hora de aceptar ciertas cláusulas contractuales, incluso cuando vulneran sus derechos.

Señala Lahl que algunos contratos llegan a incluir una cláusula según la cual, en caso de que sea necesario mantener con vida a la madre subrogada para sostener el embarazo, los padres intencionales tienen la autoridad para decidir la duración del soporte vital, priorizando el bienestar del feto.

III. EL DEBATE LEGAL ACERCA DE LA MATERNIDAD SUSTITUTA

Como hemos señalado, la maternidad sustituta, impulsada por el constante avance de las tecnologías reproductivas, la creciente porosidad de las fronteras, y el lucrativo mercado que la rodea –con agencias, clínicas y abogados que obtienen considerables beneficios– se ha expandido y consolidado como una industria global en rápido crecimiento. Por otro lado, la evidencia de numerosos casos de explotación de mujeres en situación de vulnerabilidad y de trata de niños que han salido a la luz en los últimos años, lleva a los gobiernos a no eludir la cuestión.

En este sentido, la evolución a lo largo del año 2024 de los marcos jurídicos que regulan esta práctica refleja no solo cambios significativos en normativas nacionales e internacionales, sino también un intenso debate sobre los derechos de las partes involucradas. Además, destaca la voluntad de los Estados de proteger sus jurisdicciones nacionales (frente a la realidad de que una gran proporción de nacimientos por maternidad subrogada tienen lugar fuera del país de origen de los padres intencionales) para evitar que se les imponga por vía de hecho soluciones contrarias a los valores que fundamentan sus sistemas jurídicos.

En efecto, la elección de fuentes jurídicas de distintas regiones y niveles (europeo, internacional, nacional) responde a la naturaleza transnacional del fenómeno. La maternidad subrogada no se limita a un solo país: involucra a personas, contratos y derechos que cruzan fronteras. Por eso, es imprescindible conocer cómo se regula (o no) la práctica en distintas jurisdicciones, incluir organismos internacionales que aportan una mirada centrada en los derechos humanos y en las relaciones entre países de una misma región, y analizar jurisprudencia y doctrina que revelan cómo se interpreta y aplica el derecho en contextos concretos¹⁸.

¹⁸ Por otro lado, explorar fuentes de derecho comparado permite identificar patrones regulatorios, lagunas normativas y modelos alternativos que no solo enriquecen el análisis, sino que permiten evaluar críticamente los fundamentos éticos y jurídicos que sustentan cada postura.

Asimismo, solo un análisis que reúna evidencia normativa, jurisprudencial y bioética permitirá demostrar a la postre, tal como sostenemos aquí, que la regulación parcial o permisiva de la maternidad subrogada –aunque pueda estar guiada por buenas intenciones– resulta insuficiente para prevenir abusos, desigualdades, formas de violencia estructural y graves violaciones a los derechos de las mujeres y los niños involucrados. En cambio, una prohibición universal, coherente y basada en estándares internacionales de derechos humanos constituye el único marco normativo capaz de garantizar la protección integral de los derechos de la mujer gestante y del niño, priorizando principios fundamentales como la dignidad humana, la indisponibilidad del cuerpo y del estado civil, y el interés superior del niño.

1. NOVEDADES LEGALES EN 2024

Sin ánimo de exhaustividad, se presentan, en orden cronológico, los principales cambios legales que han tenido lugar en diversos países durante el año 2024:

India

Con la legislación que permitió la maternidad subrogada comercial en 2002, India se convirtió en el “destino materno” del mundo¹⁹. El factor más determinante de su prominencia global fue la disponibilidad de mujeres dispuestas a participar en el proceso, muchas de ellas reclutadas en comunidades de clase trabajadora, tanto rurales como urbanas. Sin embargo, tras la aparición de casos escandalosos que evidenciaron la explotación de estas mujeres –a menudo aisladas en “granjas” de subrogantes– y múltiples situaciones de niños abandonados, en 2016 el gobierno emitió una directiva que prohibió que padres intencionales extranjeros firmen acuerdos de gestación subrogada en India²⁰.

Este cambio se consolidó en 2021 con la promulgación de la Ley de Regulación de la Gestación Subrogada, que restringió estos servicios a ciudadanos indios y estableció normas para proteger los derechos de las madres subrogadas, limitando los servicios de maternidad subrogada a parejas indias legalmente casadas durante al menos cinco años y que pudieran presentar un certificado de infertilidad comprobada²¹. Por otra parte, el formulario de consentimiento de la madre subrogada y el acuerdo para subrogación establecidos en la reglamentación de la ley, establecían que no se podían utilizar óvulos donados en la subrogación gestacional de una pareja intencional.

Sin embargo, tras un fallo de la Corte Suprema de octubre de 2023 que consideró que la prohibición gubernamental se oponía a los términos de la ley²², el 14

¹⁹ RUDRAPPA (2010) p. 1091.

²⁰ INDIA, The Surrogacy (Regulation) Bill 257 (16/11/2016).

²¹ INDIA, The Surrogacy (Regulation) Act, 2021. Para más información sobre esta ley y sus implicaciones en la industria del turismo médico por infertilidad en India, véase SAVLA (2023).

²² El caso fue presentado por una mujer con Síndrome de Mayer-Rokitansky-Küster-Hauser, una condición que le impide producir óvulos, que deseaba hacer uso de subrogación utilizando un óvulo

de marzo de 2024, una notificación del Ministerio de Salud y Bienestar Familiar modificó esta disposición, permitiendo a las parejas casadas el uso de un gameto donante si la Junta Médica del Distrito certifica que uno de los miembros de la pareja tiene una condición médica que lo justifique, siendo obligatorio que al menos uno de los gametos provenga de la pareja comitente²³.

Dinamarca

Dinamarca tiene un historial de denegación de la patria potestad a los padres intencionales de niños nacidos por gestación subrogada en el extranjero. Sin embargo, a partir del fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) en *K.K. y otros c/ Dinamarca*, del 6 de diciembre de 2022, se agudizó el debate sobre esta práctica.

En el caso mencionado, una pareja heterosexual casada tuvo gemelos con la ayuda de una madre sustituta ucraniana. Según la legislación de ese país, ambos progenitores intencionales daneses fueron reconocidos como padres del niño, y la madre de alquiler como no progenitora. Sin embargo, los tribunales daneses reconocieron al padre como progenitor de ambos niños por su conexión genética con ellos, sin reconocer legalmente como madre a la madre intencional, por no haber sido quien dio a luz a los niños. Durante más de seis años, intentó adoptar a los niños, pero la adopción fue finalmente denegada por la Corte Suprema porque, contrariamente a la legislación danesa que prohíbe la subrogación comercial, la madre sustituta ucraniana había recibido una compensación. Sin embargo, el TEDH decidió que la negativa de Dinamarca a reconocer la relación paterno-filial entre la madre y el niño constituía una violación de los derechos humanos de los dos niños, a tener una relación legal reconocida con su madre.

A partir de entonces se intensificó la presión por legislar a nivel nacional cuestiones relativas a la subrogación y el 5 de febrero de 2024 el gobierno danés llegó a un acuerdo con la mayoría de los partidos de la oposición, para regular la situación de los niños nacidos mediante contratos de gestación subrogada, que entró en vigor el 1 de enero de 2025. La norma, denominada "Ley de Infancia", apunta a que se reconozca como padres a ambos padres intencionales desde el momento mismo del nacimiento del niño por gestación subrogada en el extranjero²⁴.

Esta normativa permite que los tribunales de familia daneses puedan tomar rápidamente una decisión sobre la paternidad en el caso de un acuerdo de gestación subrogada en el extranjero, permitiendo incluso que el tribunal se pronuncie antes del regreso de la familia a Dinamarca. Las normas, si bien exigen que el tribunal evalúe el interés superior del menor, presumen que lo mejor para el menor es el pronto reconocimiento de sus padres intencionales. Además, se permite que las de-

donado. El máximo tribunal tomó esta decisión al suspender la aplicación de una reciente enmienda a las Reglas de Subrogación en relación con la peticionaria (26/02/2023).

²³ BHAUMIK (2024).

²⁴ SOCIAL-OG BOLIGMINISTERIET (sitio web, 2024).

cisiones judiciales sean retroactivas al nacimiento del niño, lo que permite que los padres intencionales tengan acceso a las prestaciones laborales de permiso parental, derechos de herencia y todos los demás beneficios de esa relación jurídica. Y, a diferencia de la adopción por un padrastro o una madrastra, las nuevas normas permiten reconocer la relación paterno-filial con la madre o el progenitor no genético, aunque los padres se hayan separado o uno de ellos haya fallecido antes de poder solicitar la paternidad.

El acuerdo exige que el niño tenga una conexión genética con al menos uno de los padres intencionales, con el fin de garantizar que el acuerdo de gestación subrogada tenga lugar antes de que la madre sustituta quede embarazada, reduciendo así el riesgo de trata de niños. Al mismo tiempo, se requiere que la madre sustituta haya confirmado en una declaración posterior al nacimiento, que desea entregar el niño y su renuncia a todo derecho sobre el niño²⁵.

Estados Unidos

Como es bien sabido, la subrogación en los Estados Unidos varía significativamente según el estado, ya que no existe una ley federal uniforme que regule la práctica. En algunos estados la subrogación está permitida sin condiciones, y se otorgan órdenes prenatales asegurando que ambos padres intencionales serán nombrados en el certificado de nacimiento²⁶. En 2024, se incorporaron a este grupo los estados de Michigan y Massachusetts, como se presentará a continuación. Otros estados permiten la subrogación bajo determinados requisitos (por ejemplo, matrimonio, residencia) y, de acuerdo con la legislación estadual específica, las órdenes de filiación pueden ser otorgadas antes o después del nacimiento, o puede ser necesario un procedimiento de adopción posterior al nacimiento para añadir al padre no genético en el certificado de nacimiento²⁷.

Se exigen más requisitos en Tennessee, donde la subrogación es definida legalmente únicamente en relación con los efectos de la adopción. Jurisprudencialmente se entiende que la madre sustituta debe figurar como madre en el certificado de nacimiento, excepto el caso en que los padres utilicen su propio óvulo y espermatozoos²⁸.

²⁵ Véase, TRACHMAN (2024).

²⁶ California, Colorado, Connecticut, Distrito de Columbia, Delaware, Idaho, Maine, Massachusetts, Michigan, Nuevo Hampshire, Nueva Jersey, Nevada, Pensilvania, Vermont, Washington.

²⁷ Alabama, Alaska, Arkansas, Florida, Georgia, Hawái, Illinois, Iowa, Kansas, Kentucky, Maryland, Minnesota, Misuri, Misisipi, Montana, Nueva York, Carolina del Norte, Dakota del Norte, Nuevo México, Ohio, Oklahoma, Oregón, Rhode Island, Carolina del Sur, Dakota del Sur, Texas, Utah, Virginia Occidental, Wisconsin y Wyoming.

²⁸ En el caso *The Adoption of Male Child A.F.C. by: C.M.C. and D.F.C., and J.L.B.* (16/07/2014), la Corte de apelación de Tennessee dictaminó que, si se utiliza un donante de óvulos, la madre sustituta debe permanecer en el certificado de nacimiento hasta que el segundo padre intencional complete un procedimiento de adopción. Este reemplazará entonces a la portadora gestacional en el certificado de nacimiento. Si la madre intencional es la madre genética, puede aparecer directamente en el certificado de nacimiento. Si el padre intencional es soltero, después de que se haya emitido el certi-

Por su parte, en el estado de Virginia se permite la maternidad sustituta no comercial, y los padres intencionales deben cumplir una serie de requisitos, tales como ser una pareja casada o una persona soltera. Como veremos más abajo, en 2024, se intentó sin éxito aprobar la subrogación comercial.

En Arizona, Indiana y Nebraska, si bien la subrogación se practica y los tribunales emiten órdenes de filiación, los contratos de subrogación son nulos e inaplicables. Finalmente, en Luisiana, solo es legal la subrogación gestacional no comercial para parejas heterosexuales casadas que utilicen sus propios gametos.

a. *Michigan*

En 1988, el estado de Michigan aprobó una ley que prohibía penalmente los acuerdos de gestación subrogada. Esta legislación, conocida como la Ley de Parentesco por Subrogación (*Surrogacy Parenting Act*), fue una de las primeras en Estados Unidos en abordar específicamente los contratos de subrogación, tanto altruistas como comerciales. La ley declaraba que estos contratos eran ilegales y no vinculantes en el estado de Michigan, prohibiendo tanto la subrogación comercial como la altruista. Además, estipulaba que cualquier acuerdo relacionado con la gestación subrogada era nulo y sin valor, y en casos de desacuerdo sobre la custodia del niño, la mujer gestante podría reclamar la custodia del niño, independientemente de los términos del contrato.

Esta situación cambió radicalmente cuando el 9 de noviembre de 2023, la Cámara de representantes de Michigan aprobó el proyecto de ley 5207 sobre reproducción asistida, específicamente en el contexto de la subrogación comercial. El Senado estadual, por su parte, aprobó el proyecto el 19 de marzo de 2024 y la gobernadora Gretchen Whitmer la promulgó el 1 de abril de 2024²⁹. Pasados los 90 días de *vacatio legis*, la norma entró en vigencia el 1 de julio de ese año.

La nueva ley levantó la prohibición anterior y estableció requisitos para los acuerdos de maternidad subrogada. Entre ellos, se exige que los padres intencionales y la madre sustituta tengan al menos 21 años y completen una evaluación de salud mental, que la subrogante haya dado a luz al menos a un niño, se haya sometido a evaluaciones médicas y de salud mental, y que cuente con representación legal independiente de los padres intencionales desde el proceso de negociación del acuerdo hasta el fin de duración del mismo.

Respecto a la madre sustituta, la ley exige que los servicios de asesoría legal sean pagados por los padres intencionales, que la subrogante pueda elegir a su médico y tomar todas las decisiones de salud y bienestar propio y relativas al embarazo, por ejemplo, consentir una cesárea o una transferencia de embriones múltiples.

ficado de nacimiento inicial con la subrogante indicada como "madre", puede solicitar que se cambie el certificado de nacimiento para especificar "desconocida" en el espacio para la madre.

²⁹ Para un detalle sobre los pasos legislativos, véase MICHIGAN LEGISLATURE (sitio web).

Finalmente, deja en claro que la madre sustituta puede recibir un pago en virtud del acuerdo³⁰.

b. *Massachusetts*

El 9 de agosto de 2024, la gobernadora del estado de Massachusetts Maura Healey firmó la "Ley para garantizar la igualdad en la filiación legal" (*Act to Ensure Legal Parentage Equality*, también conocida como *Massachusetts Parentage Act*) aprobada por ambas cámaras estatales el 1 de agosto. Esta legislación, que reformó las leyes de paternidad del estado asegurando derechos y protecciones para los padres intencionales, en el contexto de una ley amplia sobre reproducción asistida, entró en vigencia el 1 de enero de 2025³¹.

Esta ley brindó respaldo y protección legal plena a los acuerdos de gestación subrogada, sin importar el estado civil, el género, la orientación sexual o la relación genética de los padres intencionales con el niño. Asimismo, actualizaron los capítulos 46 ("Registro de Nacimientos, Matrimonios y Defunciones") y 209C ("Hijos nacidos fuera del matrimonio") de las "Leyes Generales de Massachusetts" que codifican muchos de los estatutos de ese estado.

En lo que respecta a la maternidad subrogada, simplificó los procesos para establecer la filiación legal de un niño. Para ello, ha añadido disposiciones que garantizan seguridad respecto a cuándo y cómo los padres intencionales de un niño nacido mediante gestación subrogada pueden obtener los derechos parentales. Antes de su promulgación, las acciones de filiación estaban sujetas a la jurisdicción de los tribunales; con la ley de 2024, la filiación puede documentarse desde el inicio del proceso de subrogación y ser posteriormente adjudicada por los tribunales, que cuentan con un plazo de 60 días desde el inicio del proceso, conforme a las expectativas y acuerdos de las partes antes del nacimiento del niño.

La ley define dos tipos de maternidad subrogada: la gestacional y la genética (§ 1a), permitiendo en ambos casos la formalización de acuerdos de subrogación, con requisitos diferenciados. Por ejemplo, en la subrogación gestacional, el acuerdo es válido y ejecutable si se cumplen ciertos requisitos, relacionados con la edad de las partes, su salud mental, la salud reproductiva de la gestante, etc. Por otro lado, el acuerdo debe firmarse antes de la concepción, no puede vulnerar el derecho de la gestante a tomar decisiones sobre su salud, y tanto los padres intencionales como la subrogante deben contar con representación legal. Una vez que las partes han formalizado un acuerdo, se puede iniciar una acción legal para obtener un fallo de filiación antes o después del nacimiento del niño. Si se trata de maternidad subrogada genética, para que los acuerdos sean presuntamente exigibles deben obtener la aprobación judicial antes de la concepción.

³⁰ ESTADOS UNIDOS, Bill 5207 (01/01/2024-17/04/2024).

³¹ ESTADOS UNIDOS, Bill H.4750 (01/08/2024).

c. *Virginia*

En 1988, se añadió al Código de Virginia la sección § 20-159 sobre maternidad por sustitución que permite la subrogación no comercial:

Una madre sustituta, su cónyuge, si lo hubiera, y el futuro padre intencional pueden celebrar un acuerdo escrito mediante el cual la madre sustituta puede renunciar a todos sus derechos y deberes como padre de un niño concebido mediante concepción asistida, y el futuro padre intencional puede convertirse en el padre del niño³².

En los siguientes artículos se estableció el procedimiento, ya sea por vía judicial o administrativa, que debían seguir los padres intencionales.

La sección § 20-165 A, por su parte, prohíbe que "cualquier persona, firma, corporación, sociedad u otra entidad acepte una compensación por reclutar o conseguir madres sustitutas o que acepte una compensación por organizar o inducir de algún modo a un padre intencional y a madres sustitutas a celebrar contratos de gestación subrogada"³³. Establece, asimismo, que

cualquier persona que actúe como intermediario de gestación subrogada en violación de esta sección será, además, responsable ante todas las partes del supuesto contrato de gestación subrogada por un monto equivalente a tres veces el monto de la compensación que se le debe haber pagado al intermediario de conformidad con el contrato³⁴.

Después de décadas de intenso debate social, el 10 de enero de 2024, se introdujo el proyecto de ley 110 con el fin de derogar la sección del Código sobre maternidad subrogada que prohíbe la comercialización de la práctica³⁵. El proyecto fue aprobado el 1 de febrero por la Cámara de Representantes en una votación dividida y por el Senado el 19 de febrero³⁶. Sin embargo, el 8 de marzo de 2024, el Gobernador Glenn Youngkin vetó la ley considerando que "[l]os intermediarios de gestación subrogada comercial, impulsados principalmente por el lucro financiero, pueden desviar la atención del éxito del embarazo, el bienestar del niño y los intereses tanto de los padres intencionales como de la gestante". Añadió que "[p]ermidir la intervención de intermediarios, cuya obligación contractual es representar a los padres intencionales, conlleva el riesgo de coerción y abuso de las gestantes", teniendo

³² Capítulo 9, sección § 20-159.

³³ Capítulo 9, sección § 20-165.

³⁴ Capítulo 9, sección § 20-165 B.

³⁵ La prohibición de que cualquier persona, empresa, corporación, sociedad u otra entidad acepte una compensación por reclutar o procurar gestantes subrogadas, o por inducir a un padre intencional y a una gestante subrogada a celebrar contratos de maternidad sustituta. Según la legislación vigente, cualquier violación de dicha prohibición constituye un delito que puede ser sancionado con pena de multa o cárcel.

³⁶ Véase el procedimiento legislativo en LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM (ESTADO DE VIRGINIA) (sitio web a).

además en cuenta que “[l]a trata de personas vinculada a la subrogación comercial está en aumento a nivel mundial, lo que da lugar a explotación, extorsión y abusos éticos, como la imposición de hormonas o medicamentos específicos a la gestante, una problemática que se agravaría con la comercialización”, y que “[l]a gestación subrogada implica un vínculo profundo entre la madre y su hijo, una relación que trasciende las transacciones monetarias. Estos intermediarios pueden aportar cierta eficiencia al proceso, pero el riesgo de socavar los fundamentos éticos que sustentan la subrogación es demasiado alto”³⁷. El 17 de abril de 2024, la cámara de representantes mantuvo el veto, impidiendo que la propuesta se convirtiera en ley.

Irlanda

El 2 de julio de 2024, el Presidente de Irlanda promulgó la “Ley de salud de reproducción humana asistida” (*Health Assisted Human Reproduction Act*), estableciendo un marco legal integral para la reproducción humana asistida y la maternidad subrogada. Hasta entonces, Irlanda carecía de una legislación específica que regulara la maternidad subrogada o la reproducción humana asistida, por lo que los acuerdos de gestación subrogada se movían en una zona jurídica gris, en la que los tribunales decidían caso por caso.

La nueva ley permite acuerdos de gestación subrogada altruista en el ámbito nacional bajo ciertas condiciones, entre ellas, la madre subrogada debe tener al menos 25 años y haber dado a luz previamente, debe ser evaluada y aprobada como apta por un especialista médico y solo puede ser subrogante una sola vez, si en un procedimiento anterior se logró un embarazo clínico³⁸.

La ley permite la subrogación en diversas situaciones. Si los padres intencionales son una pareja heterosexual, se requiere que la mujer cumpla alguna de estas condiciones: no ser capaz de concebir un hijo, incluso con tratamientos de reproducción asistida, que su salud no le permita conducir el embarazo hasta el parto, que exista la probabilidad de que no sobreviva al embarazo o al parto, o que el embarazo ponga en riesgo grave su salud. En el caso de que las madres intencionales sean dos mujeres, la subrogación se permite si ninguna de ellas puede concebir un hijo, llevar adelante el embarazo hasta el parto, sobrevivir al embarazo o al parto, o si su salud se vería gravemente afectada por el mismo. La ley también contempla la posibilidad de recurrir a la maternidad subrogada en el caso de que ambos padres intencionales sean varones. Finalmente, si el comitente es uno solo y es mujer, la ley exige que no pueda concebir, llevar a término y sobrevivir al embarazo o al parto, o que su salud esté gravemente afectada³⁹.

La ley permite la subrogación siempre que no sea comercial, permitiéndose solo el pago de gastos razonables⁴⁰, y contempla también la posibilidad de que los

³⁷ LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM (ESTADO DE VIRGINIA) (sitio web b).

³⁸ Art. 55.

³⁹ Art. 56.

⁴⁰ Art. 57.

residentes irlandeses celebren acuerdos de gestación subrogada en el extranjero, siempre que no contemplen pagos o recompensas que excedan los gastos incurridos.

Para el reconocimiento de la filiación en los casos de gestación subrogada internacional, establece que para obtener el reconocimiento legal de la filiación de los niños, los futuros padres intencionales deben tener al menos 21 años, el acuerdo de maternidad subrogada debe implicar un embrión creado con los gametos de uno o de ambos comitentes, al menos uno de ellos debe tener una expectativa razonable de vivir para criar al niño hasta que cumpla 18 años y el acuerdo debe ser altruista, sin contemplar beneficios económicos más allá de los gastos razonables para la madre subrogada⁴¹.

Por otra parte, contempla la creación de una entidad responsable de supervisar y regular las prácticas de reproducción asistida (*Assisted Human Reproduction Regulatory Authority, AHRRA*), encargada de evaluar si se reúnen las condiciones legales y otorgar autorización previa a la firma del acuerdo.

Poco después de la entrada en vigor de la ley, el gobierno irlandés aprobó la redacción de una enmienda con el fin de abordar ciertas ambigüedades de la misma, particularmente: a) establecer un procedimiento formal para que los residentes irlandeses que hayan recurrido a la reproducción asistida con donantes en el extranjero puedan solicitar una declaración de filiación en Irlanda; b) garantizar que la información identificativa sobre los donantes sea registrada y accesible para los niños concebidos por donación al cumplir 16 años, y c) implementar medidas para proteger a las madres subrogadas contra la explotación y la trata de personas, especialmente en contextos internacionales⁴².

Armenia

La República de Armenia es uno de los pocos países en el mundo que ha legalizado explícitamente la maternidad subrogada tanto comercial como altruista mediante la "Ley de salud reproductiva humana y de derechos reproductivos" de 2002. En su artículo 12 permite que tanto parejas casadas como individuos menores a 55 años acudan a prácticas de reproducción artificial (en el caso de la mujer, si es quien llevará el embarazo, el límite está en los 53 años). Sin embargo, no puede ser padre intencional a través de maternidad sustituta "a) un hombre soltero que no sea el progenitor biológico del futuro niño", ni "b) una mujer sin contraindicaciones médicas para llevar el embarazo"⁴³.

Con el fin de regular de manera más estricta la maternidad subrogada y el uso de tecnologías de reproducción asistida por parte de extranjeros, el 12 de julio de 2024 el Presidente de la República de Armenia promulgó la ley orgánica 317 N, que enmienda la ley de 2002, limitando la subrogación por parte de extranjeros: "El derecho a utilizar tecnologías reproductivas asistidas mediante una madre sus-

⁴¹ Capítulo 3, Arts. 89 y 91.

⁴² REES (2024).

⁴³ CASABLANCA DECLARATION y ADF INTERNATIONAL (2024) pp. 3-4.

tituta no se extiende a: [...] extranjeros que no sean de etnia armenia que deseen utilizar tecnologías reproductivas asistidas mediante una madre sustituta que sea ciudadana de la República de Armenia"⁴⁴. Respecto a los extranjeros de origen armenio que residan legalmente en Armenia, la ley en vigor exige que presenten documentos emitidos por instituciones religiosas, comunitarias o autoridades estatales que confirmen su ascendencia armenia para poder acceder a servicios de reproducción asistida.

Italia

En lo que constituye, probablemente, el cambio más revolucionario respecto al tratamiento de la maternidad sustituta, el Parlamento italiano, por medio de ley 169 del 4 de noviembre de 2024, modificó el artículo 12 de la ley 40 del 19 de febrero de 2004, en materia de persecución del delito de maternidad subrogada cometido en el extranjero por un ciudadano italiano. Según esta ley, que entró en vigencia el 3 de diciembre de 2024, la subrogación pasa a ser considerada "delito universal".

Aunque algunos medios de comunicación presentaron esta reforma como una medida draconiana propia de un gobierno de extrema derecha, la realidad es que Italia nunca permitió la maternidad subrogada dentro de sus fronteras, ni otorgó derechos de adopción a las uniones homosexuales. En efecto, cuando la ley 40 del año 2004 reguló la utilización de técnicas de reproducción artificial, en su artículo 12 inc. 6 explícitamente prohibió la maternidad sustituta, diciendo que "quien, de cualquier forma, produzca, organice o publique la venta de gametos o embriones o la maternidad subrogada será castigado con una pena de prisión de tres meses a dos años y una multa que va desde los 600.000 hasta un millón de euros".

Sin embargo, esta prohibición no impedía que las parejas contrataran madres subrogadas en países donde la práctica es legal y volvieran a su país con un niño nacido de una madre sustituta, ni que se les reconocieran a su regreso la paternidad de esos niños. En definitiva, la prohibición de la ley 40 de 2004 ponía con frecuencia a las autoridades nacionales e internacionales ante un hecho consumado frente al dilema de cómo decidir el futuro de un bebé nacido a través de una práctica delictiva. De hecho, en ocasiones, los tribunales respaldaron las decisiones delictivas de los padres intencionales y reconocieron los contratos de subrogación extranjeros como fuentes válidas de filiación; mientras que, otras veces, exigían que el padre inten-

⁴⁴ Art. 9, párr. 3, c.

cional adoptara al niño⁴⁵. La arbitrariedad de esta situación condujo al gobierno a resolver la cuestión por medio de una ley⁴⁶.

En definitiva, por tanto, la enmienda de 2024 no define a la subrogación como delito penal (ya lo era), sino que resuelve la incertidumbre legal insertando la siguiente frase al final del párrafo 6 del artículo 12 de la Ley 40 de 2004: “Si los hechos a los que se hace referencia en la oración anterior [la realización, organización o comercialización de gametos o embriones o la gestación subrogada], se cometen en el extranjero, el ciudadano italiano será castigado según la ley italiana”⁴⁷.

De este modo, la maternidad subrogada realizada por ciudadanos italianos en el extranjero ahora puede ser procesada, incluso sin la solicitud del Ministro de Justicia y sin doble incriminación⁴⁸. Se trata, en definitiva, de una forma de jurisdicción extendida que Italia reclama sobre los ciudadanos italianos que participan en un esquema de maternidad subrogada en el extranjero, incluso donde está legalmente permitida.

2. PRINCIPALES NOVEDADES JURISPRUDENCIALES DE 2024

A continuación, se presentan tres decisiones judiciales internacionales cuyos argumentos innovadores han modificado sustancialmente la jurisprudencia previa en materia de maternidad subrogada, ya sea despejando dudas acerca de la legislación vigente, o bien introduciendo nuevos elementos que amplían el marco de análisis para los jueces.

⁴⁵ Esta última solución fue adoptada por la Corte de Casación (Sección Civil I) en el caso 85/2024 del 3 de enero de 2024. El caso se refería a una pareja del mismo sexo (casada en Nueva York), que había tenido dos hijos mediante maternidad subrogada en el extranjero, utilizando el material genético de uno de los miembros. En el acta de nacimiento extranjera figuraban ambos como padres, pero en Italia solo se reconocía al padre biológico. La pareja solicitó la rectificación del acta de nacimiento en Italia para incluir al segundo padre (el llamado “genitore d’intenzione”). La Corte de Casación rechazó la posibilidad de transcribir automáticamente el acta extranjera: “El recurso a la maternidad subrogada, independientemente de las modalidades y fines perseguidos, ofende de manera intolerable la dignidad de la mujer y mina profundamente las relaciones humanas” (par. 3.2).

⁴⁶ Cabrera Caro propone una solución del mismo tipo para la regulación de la maternidad sustituta en España. En efecto, señala que, en primer lugar, debería incluirse “la maternidad subrogada en el listado final de infracciones de la LTRHA [Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida], de modo que las sanciones administrativas refuerzan la sanción penal contenida en el tipo delictivo de simulación de parto de los artículos 220 y 221 del Código Penal. En segundo lugar, impidiendo la posibilidad de una inscripción de filiación por naturaleza a los padres que, a pesar de la prohibición, acudan al extranjero a comprar ese servicio”. Véase CABRERA (2019) p. 548.

⁴⁷ UBIALI (2024).

⁴⁸ Aunque en el debate público esta innovación ha sido llamada “ofensa universal”, esto es un término incorrecto: La legislación no convierte a la maternidad subrogada en una “ofensa universal” en el verdadero sentido, es decir, una conducta universalmente criminalizada, como los crímenes de guerra, la tortura o el genocidio.

Argentina

En sentencia del 22 de octubre de 2024, la Corte Suprema en la causa *S., I.N. c/A., C.L. s/impugnación de filiación* rechazó una acción que ordenaba a legitimar un contrato de maternidad subrogada, dejando claro así que, a pesar de la frecuente afirmación en contrario, no existe en el derecho argentino un vacío legal respecto a la maternidad sustituta⁴⁹.

En los hechos del caso una pareja de varones exigía que se les registrase como padres de un niño, desconociendo la maternidad de la mujer que lo gestó y dio a luz. Fundaron su pretensión en la presunta inconstitucionalidad del art. 562 Código Civil y Comercial, según el cual

Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.

Teniendo en cuenta la claridad de esta norma y el respeto que se debe a la división de poderes, recordó la Corte que “la primera fuente de exégesis de la ley es su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir del texto legal”⁵⁰, y que, si bien la situación presenta la “disociación entre el hecho biológico (‘gestar’) y el factor afectivo (‘querer ser’ padre, madre o progenitor/a), [...] –conforme a la actual normativa– la respuesta jurídica es distinta [a la que existe para la adopción]”, en la cual “la respuesta jurídica hace prevalecer al factor afectivo (‘querer ser...’) por sobre el hecho biológico (‘dar a luz’)”, a diferencia de lo que señala la ley para el caso de la maternidad sustituta⁵¹.

Al argumento de los padres intencionales de que –según el principio de legalidad del art. 19 de la Constitución (“[n]ingún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”)– “la gestación por subrogación está permitida por no encontrarse prohibida de manera expresa en el ordenamiento jurídico”⁵², la Corte respondió que

resulta indiscutible que –desde la perspectiva filiatoria y por tratarse de un nacimiento derivado del uso de una técnica de reproducción humana asistida– el art. 562 del CCyC es aplicable al caso, por lo que no puede invocarse a este respecto que exista un vacío normativo habilitante del principio de discreción emergente del art. 19 de la Constitución Nacional⁵³.

⁴⁹ Corte Suprema de la Nación Argentina, 22/10/2024.

⁵⁰ Considerando 8°.

⁵¹ Considerando 12°.

⁵² Considerando 3°.

⁵³ Considerando 9°.

Aclaró también la Corte que la decisión del art. 562 no atenta contra el principio de igualdad ya que

la disposición impugnada no resulta discriminatoria de las personas en razón de su orientación sexual, ni se opone a la diversidad sexual [...]. Lo dicho se evidencia en la medida en que la aplicación de la norma cuestionada tendría las mismas consecuencias respecto de aquellas parejas heterosexuales o formadas por mujeres o varones, en las que sus integrantes estuvieran imposibilitados de gestar por algún motivo, como podría ocurrir por alguna causal biológica o psicosomática, por la conformación anatómica de sus integrantes o por su avanzada edad⁵⁴.

Frente a la frecuente interpretación y al discurso público que afirma que la maternidad subrogada se encontraría permitida por no estar expresamente prohibida, la Corte zanjó explícitamente la cuestión en este caso, al señalar que “el hecho de que no esté expresamente prohibida como técnica (al menos desde un punto de vista punitivo), no importa la existencia de un vacío legal ni la obligación estatal de reconocer un vínculo filiatorio de un modo diferente al previsto en el art. 562 del código de fondo”⁵⁵.

Con esta sentencia, la Corte Suprema brindó claridad frente a numerosos planteos judiciales que, desde la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial en 2015, han intentado legitimar contratos de maternidad sustituta celebrados en Argentina. Cabe señalar que esta sentencia tuvo lugar cuando en ese país se encuentran abiertas numerosas causas penales, en las que interviene la Procuración de Trata de Personas, que investigan redes que captan mujeres vulnerables como madres sustitutas⁵⁶.

España

El 4 de diciembre de 2024, el Tribunal Supremo del Reino de España rechazó el reconocimiento de una sentencia dictada en el condado de Béxar (Texas, Estados Unidos), que confirmaba la paternidad de los actores, una pareja homosexual, en virtud de un acuerdo de gestación por sustitución. El fundamento que esgrimió el Tribunal Supremo para denegar eficacia civil a la sentencia texana –tal como señalará, anteriormente, tanto el juez de primera instancia como la Audiencia Provincial– es que se trata de una práctica contraria al orden público español⁵⁷. En efecto, en primera instancia, el juzgado desestimó la solicitud afirmando que

el procedimiento en virtud del cual se gestaron los menores se sanciona con nulidad en nuestro ordenamiento jurídico. No cabe el reconocimiento y ejecución solicitada porque subyace un fraude de ley que no puede quedar amparado por nuestro ordenamiento jurídico, ya que

⁵⁴ Considerando 21º.

⁵⁵ Considerando 14º.

⁵⁶ Véase: FISCALES.GOB.AR (sitio web, 2024); BIOETICABLOG (sitio web, 2024); BLANCO (2024).

⁵⁷ Tribunal Supremo, 04/12/2024.

los demandantes iniciaron de forma consciente y querida un proceso para obtener un niño menor, mediante la suscripción de un contrato de gestación subrogada que está prohibido en nuestro ordenamiento jurídico⁵⁸.

La Audiencia Provincial, por su parte, desestimó la apelación de los demandantes que aducían que la decisión vulneraba el interés del menor, porque “no se apreció tal vulneración, dado que es en el marco del orden público donde ha de tener satisfacción aquel interés superior y no al margen del mismo o contraviniéndolo o alterándolo”⁵⁹.

Finalmente, frente al recurso de casación interpuesto contra el auto de la Audiencia Provincial, el Tribunal Supremo desestimó el recurso por considerar que la maternidad sustituta “vulnera la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, tanto de la mujer gestante como de los menores nacidos en virtud del acuerdo de gestación por subrogación”, porque en virtud de la misma celebración del contrato “la mujer y el menor son tratados como meros objetos”, situación que no puede subsanarse por medio de “la pretensión de que un contrato, por más que esté ‘validado’ por una sentencia extranjera, puede determinar una relación paternofilial”⁶⁰. Señala así el Tribunal, que como

la madre gestante se obliga desde el principio a entregar al niño que va a gestar y renuncia antes del parto, incluso antes de la concepción, a cualquier derecho derivado de su maternidad [...] se «cosifica» [al futuro niño] pues se le concibe como el objeto del contrato, que la gestante (y, en este caso, también su marido) se obliga a entregar al comitente o comitentes⁶¹.

Añade el Tribunal que la maternidad subrogada atenta contra la integridad moral del niño y de la madre porque “son tratados como cosas susceptibles de comercio”; porque se priva al menor de su derecho a conocer su origen biológico (reconocido en el art. 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989); porque, como consecuencia de los agresivos tratamientos hormonales a los que se ve sometida la madre para conseguir el embarazo, se atenta también contra su integridad física; y, finalmente, porque “puede atentar también a la integridad física y moral del menor, habida cuenta de la falta de control de la idoneidad de los comitentes”⁶².

El Tribunal Superior cita, asimismo, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el “Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea”, en la cual se señala que la Unión Europea condena la gestación por sustitución por ser contraria a la dignidad humana de

⁵⁸ N° 6.

⁵⁹ N° 7.

⁶⁰ Sección III, N° 2, párr. 3.

⁶¹ Sección III, N° 2, párr. 2.

⁶² Sección III, N° 2, párr. 2.

la mujer, ya que utiliza el cuerpo y las funciones reproductivas de la mujer como una materia prima. Señala, asimismo, respecto a la Ley Orgánica 1/2023 por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, del 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo (a cuya exposición de motivos se refiere el recurrente), que la misma ley considera a la gestación por sustitución como una forma de violencia contra las mujeres⁶³. En esta línea indica que cualquier mercantilización de la gestación y la filiación permite

a determinados intermediarios realizar negocio con ellos [la mujer gestante y al niño], posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de «ciudadanía censitaria» en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población⁶⁴.

Finalmente, el Tribunal Superior rechaza que exista el derecho al hijo porque "el deseo de una persona de tener un hijo, por muy noble que sea, no puede realizarse a costa de los derechos de otras personas"⁶⁵.

En síntesis, esta sentencia establece un precedente importante en relación con el reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras que validan contratos de maternidad sustituta por considerar que esta práctica contraría el orden público español. Es por ello que, más allá de su legalidad en otras jurisdicciones, las sentencias que la validen no deben ser reconocidas en España y, en caso de que exista una situación de desamparo del niño, su protección no puede lograrse aceptando acríticamente las consecuencias del contrato de gestación por sustitución. En efecto, se debe acudir a la legislación y los convenios, debidamente interpretados por la jurisprudencia, "tomando en consideración su situación actual, estableciendo la relación de filiación mediante la determinación de la filiación biológica paterna, la adopción, o permitiendo la integración de los menores en un núcleo familiar mediante la figura del acogimiento familiar"⁶⁶.

Colombia

En una decisión sin precedentes, el 4 de diciembre de 2024, el Juzgado de Familia 38 de la ciudad de Bogotá rechazó una solicitud de impugnación de la maternidad de un niño nacido a través de una madre sustituta, por considerar que tanto la madre sustituta como la madre genética son madres biológicas⁶⁷.

⁶³ Sección III, párr. 2.

⁶⁴ Sección III, párr. 2.

⁶⁵ Sección III, párr. 2.

⁶⁶ Sección V, párr. 2.

⁶⁷ Si bien esta es una sentencia de primera instancia que, en segunda instancia o a través de un recurso de tutela, podría ser revocada siguiendo la tendencia jurisprudencial, es especialmente relevante por los argumentos que presenta.

La decisión se produce tras un recurso presentado por uno de los padres intencionales, solicitando que se eliminara a la madre subrogante del certificado de nacimiento de su hijo⁶⁸. En efecto, después de dar a luz al niño –tal como establece la ley colombiana– la gestante fue inscrita como madre en el registro civil. El argumento principal del solicitante es que, dado que el niño fue concebido a partir de sus gametos y un ovocito de un donante anónimo, la madre sustituta no debería figurar como madre biológica.

El carácter innovador de la sentencia reside en que, después de hacer una síntesis del estatus jurídico de la maternidad sustituta en Colombia y de señalar los peligros de explotación que esta práctica supone para las mujeres vulnerables, señala que en los casos de maternidad por sustitución existe doble maternidad biológica: “una es la donante del óvulo y quien aporta el material genético y, la otra, es la que durante nueve meses dispone su cuerpo para llevar a cabo en forma exitosa el proceso biológico de desarrollo embrionario, o sea, la madre gestante”⁶⁹. Fundamenta esta afirmación en que, si bien hoy es posible por medios científico-tecnológicos separar los procesos de fecundación y desarrollo embrionario,

es indudable que sin la participación de estas dos mujeres no podría llevarse a cabo el proceso reproductivo. Sin la mujer que proporciona el óvulo que contiene el material genético, es evidente que no podría haber un nuevo ser humano. Así mismo, sin la segunda mujer que presta su endometrio, útero, placenta y sistema cardiorrespiratorio a disposición del vital proceso biológico de desarrollo embrionario durante 9 meses, no se podría llevar a feliz término el proceso reproductivo por el cual se crea el nuevo ser humano⁷⁰.

En efecto, la sentencia afirma categóricamente que “aunque la madre gestante no haya aportado el material genético, sí es madre biológica del nuevo ser humano, ya que fue ella la que llevó a cabo el vital proceso biológico de desarrollo embrionario, sin el cual es imposible que se concluya el proceso de reproducción humana”⁷¹. De lo contrario, continúa, se caería en el “absurdo de suponer que el segundo paso de la reproducción humana (la gestación) se produjo sin la participación de una

⁶⁸ En contraste, la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia T-127/24 del 18 de abril de 2024, adoptó una postura diametralmente opuesta. Aunque el caso no se centró en las condiciones materiales de la gestación, sino en los efectos jurídicos de la filiación y la nacionalidad, la Corte denegó la ciudadanía colombiana a una niña nacida mediante subrogación, aceptando como válida una filiación puramente intencional. En el registro civil, se excluyó a la mujer gestante y se dejó constancia de “sin información” en el campo correspondiente a la madre. Si bien el fallo reconoce los riesgos asociados a la subrogación —como la trata de personas, la venta de niños y la explotación de mujeres—, en su decisión final elimina todo rastro jurídico de la intervención de la mujer gestante, consolidando una lógica contractual que desvincula el cuerpo de la maternidad y expone al niño al riesgo de apatridia, especialmente en contextos de turismo reproductivo. Corte Constitucional de Colombia, 18/04/2024.

⁶⁹ Problema jurídico del caso concreto, sección I, pruebas del asunto.

⁷⁰ Problema jurídico del caso concreto, sección I, pruebas del asunto.

⁷¹ Problema jurídico del caso concreto, sección I, pruebas del asunto.

mujer y que no es necesario el cuerpo de un ser humano de sexo mujer para crear un nuevo ser humano"⁷².

En consecuencia, la sentencia excluye que, como suele considerarse, los resultados de una prueba de ADN permitan desvirtuar por sí solos la maternidad, ya que esta, a criterio de la jueza, lo único que demuestra es que la gestante no aportó el material genético⁷³.

3. LA DIRECTIVA (UE) 2024/1712 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y LA MATERNIDAD SUSTITUTA

Frente a la falta de consenso entre las jurisdicciones nacionales europeas respecto a la maternidad subrogada y su relación con la trata, la Unión Europea, con motivo de la publicación del "Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el mundo 2014" por parte del Parlamento Europeo, condenó la gestación por sustitución en la sección en que se refiere a los derechos de las mujeres y las niñas. En efecto, señaló que esta práctica es "contraria a la dignidad humana de la mujer, ya que su cuerpo y sus funciones reproductivas se utilizan como una materia prima" y que, en consecuencia, debe ser prohibida porque entraña "la explotación de las funciones reproductivas y la utilización del cuerpo con fines financieros o de otro tipo, en particular en el caso de las mujeres vulnerables en los países en desarrollo, y pide que se examine con carácter de urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos"⁷⁴.

No obstante, fue recién el 23 de enero de 2024 cuando el Consejo y el Parlamento Europeo llegaron a un acuerdo provisional para incluir esta práctica como figura delictiva en el marco de la trata. Unos meses más tarde, el 23 de abril de 2024, el Parlamento Europeo votó a favor de la revisión de la Directiva 2011/36/UE sobre la lucha contra la trata de seres humanos, con el fin de incluir en ella la explotación a través de la gestación subrogada, el matrimonio forzado o la adopción ilegal como un caso mínimo de trata a nivel europeo, con la única condición de que

⁷² Problema jurídico del caso concreto, sección I, pruebas del asunto.

⁷³ Aunque no se trata de un caso de maternidad sustituta, la sentencia de la Corte Suprema de Colombia SC009-2024 (22 de marzo de 2024) resulta de interés por la relevancia que da a la voluntad procreacional. En efecto, en este caso la Corte reconoció como madre legal a una mujer que no había aportado material genético ni había gestado a los niños, pero que había participado activamente en la decisión de procrear junto a su entonces pareja, quien sí fue la madre biológica y gestante. La Corte sostuvo que el consentimiento informado y la decisión conjunta de someterse a técnicas de reproducción asistida constituían una expresión válida de voluntad procreacional, suficiente para fundar la filiación. De este modo, llevó al límite la separación entre filiación y biología, haciendo prevalecer el consentimiento y los lazos emocionales por encima de todo tipo de vínculo biológico, de tal modo que la voluntad procreacional pasó a ser el único criterio relevante, el principio jurídico determinante, incluso en ausencia de vínculo genético o gestacional. Corte Suprema de Justicia de Colombia, 22/03/2024.

⁷⁴ Observaciones generales, punto 114.

cumplan con los criterios constitutivos de tales infracciones⁷⁵. Esta Directiva fue firmada el 13 de junio de 2024, publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea el 24 de junio y entró en vigor veinte días más tarde, el 14 de julio de 2024⁷⁶.

El camino hacia esta decisión, sin embargo, no fue lineal. Así, en las primeras etapas de su elaboración, no se incluía a la gestación sustituta. Por ejemplo, la propuesta de la Comisión Europea dirigida al Consejo de la Unión Europea del 19 de diciembre de 2022 no hacía referencia a la misma, siendo el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo del 27 de abril de 2023, en su punto 3.3, el que por vez primera señala que “han aparecido otras formas de trata que no estaban previstas en la Directiva, pero que también podrían ser consideradas como tales, por ejemplo [...] la gestación subrogada”.

Durante el debate en el Consejo, que comenzó el 25 de octubre de 2023, a diferencia de otras “nuevas formas de trata” como el matrimonio forzado y la adopción legal incluidos en la propuesta desde el principio, la primera mención a la subrogación tuvo lugar el 5 de mayo de 2024 cuando se trató el Dictamen del Comité Económico y Social; el cual, sin embargo, no fue tenido en cuenta en el texto del primer proyecto de fecha 9 de junio de 2023. De particular importancia es el documento correspondiente al debate del 19 de febrero de 2024 (nota de la Secretaría General del Consejo) que confirma que –tal como fuera acordado en su reunión del 8 de febrero de 2024– el Comité de Representantes Permanentes aprueba el acuerdo sobre el texto de compromiso final del proyecto de Directiva, tal como fue alcanzado entre las partes negociadoras el 23 de enero de 2024.

En efecto, es en el considerando 4 de ese proyecto donde se señala que, con el fin de abordar el constante aumento en el número y la relevancia de los delitos de trata de seres humanos con fines distintos de la explotación sexual o laboral, se debe incluir la explotación a través de la gestación subrogada entre las formas de explotación de la Directiva 2011/36/UE. Añade que, “[e]n lo que respecta más específicamente a la trata con fines de explotación a través de la gestación subrogada”, se debe incluir a “quienes coaccionan o engañan a mujeres para que actúen como madres subrogadas”, esto “sin perjuicio de las definiciones de matrimonio, adopción, matrimonio forzado y adopción ilegal, ni de los delitos relacionados con estos distintos de la trata, cuando así lo disponga el derecho nacional o internacional”, y sin afectar tampoco “a las disposiciones nacionales sobre gestación subrogada, incluidas aquellas en el ámbito del derecho penal y del derecho de familia”. Este texto fue aprobado en primera lectura por el Parlamento Europeo el 23 de abril de 2024⁷⁷,

⁷⁵ Fue aprobada por 563 votos a favor, siete votos en contra y 17 abstenciones. Véase el considerando N° 6.

⁷⁶ Artículo 3.

⁷⁷ Anexo a la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas - Resultado de la primera lectura del Parlamento Europeo (Estrasburgo, del 22 al 25 de abril de 2024), CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, ST 9241.

acordado como Directiva del Consejo y el Parlamento el 15 de mayo, aprobado el 27 de mayo, firmado el 13 de junio y publicado el 24 de junio de 2024⁷⁸.

Resulta especialmente relevante, al analizar la violación de la dignidad humana que implica la gestación subrogada, que muchos de sus elementos constitutivos coinciden con los que definen la trata de personas según la Directiva. Así, por ejemplo, el artículo 2, inciso 2, establece que "[e]xiste una situación de vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa real o aceptable excepto someterse al abuso", circunstancia que se presenta en la enorme mayoría de los casos de maternidad subrogada comercial.

Por otro lado, si se considera que el 98-99 % de los acuerdos de gestación subrogada son de carácter comercial⁷⁹, y se analizan las condiciones impuestas a las gestantes en dichos acuerdos, resulta evidente que el desequilibrio de poder entre las partes configura una forma de explotación de la vulnerabilidad de la mujer. Este fenómeno es especialmente relevante si se tiene en cuenta que, en su mayoría, las madres subrogantes provienen de contextos de pobreza o pertenecen a minorías y grupos marginados, lo que evidencia el papel determinante de las desigualdades sociales y económicas en la mercantilización de las capacidades reproductivas femeninas que subyacen a esta práctica⁸⁰.

Asimismo, la Directiva precisa en su art. 2, párr. 4 que, en la configuración de la explotación propia de la trata de personas, el consentimiento de la víctima "no se tendrá en cuenta cuando se haya recurrido a cualquiera de los medios contemplados en el apartado 1", entre los cuales se encuentra "la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla"⁸¹. Esto da por tierra el argumento de que, existiendo contrato de subrogación, se elimina el desequilibrio de poder entre comitentes y madre sustituta; esto, más allá de que siempre faltará el consentimiento de una de las partes fundamentales, el del niño nacido por este medio.

⁷⁸ PARLAMENTO EUROPEO, 2022/0426.

⁷⁹ CONSEJO DE EUROPA, sección B.1 punto 3.

⁸⁰ Vale señalar que es la coacción económica la que, fundamentalmente, rige las relaciones entre los comitentes y las madres gestantes, feminizando así la pobreza; y esto, no solamente en países pobres, ya que, incluso en países como Estados Unidos, la enorme mayoría de las mujeres gestantes son, precisamente, aquellas cuya posición económica es precaria.

⁸¹ Más aún, el intercambio de dinero hace que los acuerdos de gestación subrogada internacional sean problemáticos en el contexto de las adopciones internacionales, ya que la Convención de La Haya sobre Adopción Internacional establece que el consentimiento de las personas (por ejemplo, de los padres y del niño), las instituciones y las autoridades no debe haber sido inducido por pago o compensación de ningún tipo. Véase CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL, art. 4, c, párr. 3

4. RESOLUCIÓN DE LA ASAMBLEA GENERAL DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LA TRATA DE MUJERES Y NIÑAS DEL 13 DE NOVIEMBRE DE 2024

La Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), el 13 de noviembre de 2024, adoptó una importante resolución sobre la trata de mujeres y niñas⁸². Entre sus secciones más llamativas, en su artículo 16, incluyó la explotación de la gestación subrogada entre modalidades de trata. Si bien con anterioridad, la ONU se refirió en múltiples instancias a la cuestión, se trata de la primera vez que lo hace la Asamblea General.

La propuesta inicial de resolución propuesta por Argentina mencionaba la venta de niños, incluida la gestación subrogada. Filipinas, como país responsable del texto, incluyó inicialmente una referencia a la venta de niños, incluida en el contexto de la gestación subrogada comercial, omitiendo así cualquier referencia a los casos de subrogación altruista. Sin embargo, el Reino Unido se opuso rotundamente a la inclusión de cualquier referencia a la gestación subrogada comercial sin el calificativo adicional de "explotadora", citando preocupaciones sobre el debate más amplio en torno a la subrogación y el posible estigma hacia los niños nacidos por este medio. Como resultado, y ante la ausencia de Argentina en la sala de negociaciones para defender su propuesta y con el fin de alcanzar un consenso, Filipinas acabó aceptando la modificación del Reino Unido, lo que dio lugar a la redacción final que se refiere a la explotación de la gestación subrogada con fines comerciales.

En efecto, la Resolución de noviembre de 2024 insta a los Gobiernos a implementar medidas preventivas adecuadas para abordar las causas profundas y los factores que incrementan el riesgo de trata de personas –como la pobreza– incluida su feminización, el subdesarrollo, la falta de oportunidades económicas, la desigualdad de género, etc. De este modo, entre los factores que favorecen la trata de mujeres para diversas formas de explotación y abuso sexual, se mencionan también el matrimonio infantil, precoz y forzado, el trabajo forzado y la venta de menores, "incluso en el contexto de la explotación de la gestación subrogada con fines comerciales"⁸³. Se alienta además a que promulguen o refuercen la legislación con miras a prevenir y eliminar la trata de personas, proteger mejor los derechos de las mujeres y las niñas, y castigar a los responsables, incluidos los funcionarios públicos que participen en la trata de personas o la faciliten, mediante, según proceda, medidas penales, civiles y administrativas.

Si se considera que los intentos de condenar la gestación subrogada han sido objeto de discusión en las Naciones Unidas desde al menos 2018, es digno de elogio que esta cuestión haya dejado de ser un tema tabú; sin embargo, resulta decepcionante la falta de ambición en su alcance. En efecto, si bien por primera vez se reconoce el vínculo entre la gestación subrogada y la trata, su alcance se limita a los acuerdos *comerciales explotadores*, excluyendo el reconocimiento de preocupaciones más amplias, como el impacto de la gestación subrogada en los derechos humanos

⁸² NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL (2024).

⁸³ Artículo 16.

de niños y mujeres. Más aún, el uso del término “gestación subrogada con fines comerciales” resulta problemático, y aún más lo es el supuesto debate sobre si esta práctica puede considerarse “explotadora”. Este planteamiento parte de la premisa, difícilmente sostenible, de que la gestación subrogada comercial podría no serlo.

Así, la Resolución parece sugerir la existencia de un tipo de gestación subrogada comercial que no implicaría explotación, lo que se alinea con el argumento predominante en Estados Unidos, que sostiene la idea que proclama: “aquí no practicamos una gestación subrogada explotadora porque todas las partes involucradas están protegidas y ninguna mujer es obligada a hacerlo”. Además, la Resolución no aborda los impactos generales de la gestación subrogada en los derechos humanos de las mujeres. No obstante, la redacción “incluso en el contexto de” ha encendido un debate que permitirá seguir abogando en contra de la gestación subrogada en la ONU.

IV. CONCLUSIONES

No cabe duda de que la maternidad subrogada es un tema que seguirá ganando terreno legislativo y jurisprudencial en los próximos años a un ritmo vertiginoso, siguiendo la tendencia de su crecimiento exponencial en el mercado⁸⁴. Su creciente demanda –entre otras causas, por el incremento galopante de la infertilidad y el incesante desarrollo de las técnicas reproductivas–, así como la proliferación de casos cada vez más complejos que conllevan conflictos legales, éticos y de filiación, obliga a los gobiernos, organismos regionales e internacionales a plantearse el modo de abordar estos problemas. Así, por ejemplo, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado trabaja desde 2015 en la elaboración de un proyecto de convención internacional para regular las complejidades de la filiación en los acuerdos de subrogación.

Sin embargo, cualquier regulación que admita esta práctica –aunque ponga requisitos exigentes para las partes–, corre el riesgo de debilitar las protecciones internacionales para los niños y mujeres en situación de vulnerabilidad, en contradicción con numerosas disposiciones del derecho internacional. Más aún, se estaría aceptando –bajo la pretensión de evitar males mayores– una situación que en sí misma no prioriza el bienestar del menor, que con frecuencia queda subordinado a los deseos de los comitentes, poniéndolo en una situación en la que sufrirá algún tipo de violencia y discriminación. Las subrogantes, por su parte, seguirán, en el mejor de los casos, soportando significativas cargas psicológicas y físicas derivadas del embarazo, el parto y la posterior entrega del niño.

Por otra parte, la proliferación de casos escandalosos y su mediatización, especialmente aquellos vinculados al aumento de las redes de trata de mujeres y tráfico de niños, contribuyen a generar una mayor conciencia social y política sobre el hecho de que no se trata de una práctica inocua, como se la presenta en la publici-

⁸⁴ En efecto, THE BUSINESS RESEARCH COMPANY (2025) prevé que alcanzará los 37.500 millones de dólares en 2029, con una CAGR del 17,9 %.

dad, sino de un fenómeno que va más allá del discurso sobre nuevos modos de crear una familia y el altruismo. Al respecto, como bien señala Muñoz Gómez, "ampliar el concepto clásico de filiación, maternidad y paternidad asociado al criterio de la voluntad procreacional" no va en la línea de fomentar la vida familiar, de hacer realidad un derecho –por cierto, inexistente– a la paternidad, o de evitar la discriminación respecto de aquellos que no pueden concebir, por el motivo que sea. Más bien, cuando se legitima la maternidad sustituta por medio de normativa legal o decisiones judiciales, lo que se hace

es abrir el marco para que, a través de una industria altamente costosa, el que quiera, cuando quiera y tenga los medios económicos para hacerlo, pueda obtener el reconocimiento como madre o padre de un niño y consecuentemente, convertir el hecho de ser padres en una cuestión atada a las posibilidades económicas⁸⁵.

Una situación así, claramente, se aleja de la protección que el derecho está llamado a ofrecer a todas las personas, especialmente a quienes son más vulnerables.

La fuerza de los hechos y las iniciativas de diversos sectores sociales está haciendo que se pierda el miedo a relacionar la subrogación con los crímenes aberrantes de explotación y trata, tal como se ve –a nivel europeo– en la Directiva (UE) 2024/1712 y en la Resolución de la ONU a las que hemos hecho referencia. También a nivel nacional, los países van posicionándose al respecto, aunque de modos muy diversos, ya sea favoreciendo la subrogación, limitándola o –como en el caso de la ley italiana y, particularmente, la sentencia española comentada– evitando que, por vía de los hechos, se violen las legislaciones nacionales en un tema que toca de lleno a la dignidad humana de sus ciudadanos. Quienes abogan por un sistema de reconocimiento de la paternidad más allá de las fronteras nacionales, pretenden que se legalice una realidad que contraviene disposiciones fundamentales del derecho interno, convirtiéndolo en meros principios simbólicos y carentes de efectividad.

Sin embargo, y esta es una consideración ineludible, tratándose de un mercado global que mueve grandes sumas de dinero y no conoce fronteras, es claro que las regulaciones nacionales no son suficientes para detener la trata de personas a nivel global y, en consecuencia, solamente un tratado internacional que prohíba la gestación subrogada podría hacerlo. Esto es lo que propone el ya mencionado grupo de expertos que conforma la Declaración de Casablanca, como el único modo de evitar los crímenes a los que la maternidad sustituta puede dar lugar⁸⁶.

⁸⁵ MUÑOZ-GÓMEZ (2021) p. 2305.

⁸⁶ En este sentido, grupos de feministas y organizaciones de derechos humanos han propuesto "que se elabore una convención internacional para la abolición de la maternidad subrogada en el marco de las Naciones Unidas, tomando como modelo de trabajo los instrumentos desarrollados contra la esclavitud y las prácticas análogas, como la Convención sobre la Esclavitud de 1926 y la Convención Suplementaria sobre la Abolición de la Esclavitud, la Trata de Esclavos y las Instituciones y Prácticas Análogas a la Esclavitud de 1956". Véase, RODRÍGUEZ y FERNÁNDEZ-ARROJO (2022) p. 48 (nota 115).

Debemos, sin embargo, reconocer que este argumento no siempre resulta convincente porque, si bien la subrogación contiene una serie de elementos que fácilmente puede configurar un caso de explotación y trata de personas, no se puede afirmar que esto es lo que ocurre habitualmente. Sin embargo, y esto es lo principal, es misión del derecho proteger a todos sus ciudadanos –particularmente a las madres y a los niños que son víctimas de esta práctica– frente al abuso y la discriminación que implica la maternidad subrogada.

En efecto, son muchos los valores que están en juego: la dignidad, la justicia adaptada a la infancia, la igualdad de género, el interés superior del niño, la seguridad infantil, el derecho a la salud (incluyendo la salud mental), el reconocimiento de los recién nacidos como víctimas de una práctica que los convierten en objeto de un contrato, etc. En este sentido, la maternidad sustituta supone violencia respecto al recién nacido, quien sufre tanto física como psicológicamente al ser separado, apenas nace, de su madre (para él, su madre es quien lo ha gestado). Y se trata de un dolor infligido deliberadamente que es justificado únicamente por el deseo de paternidad de los comitentes, por más valioso que este que sea.

Además de ser víctimas de violencia, estos niños sufren la discriminación de ser los únicos que son separados tempranamente de sus madres sin una razón clínica que lo justifique, olvidando los numerosos protocolos que incluyen, o están incorporando progresivamente, el contacto piel con piel entre madre y niño por razones de salud mental y física, basadas en evidencia clínica, como garantía para proteger su bienestar; con el agravante de que aquí estamos frente a una separación que no es accidental ni temporal, sino definitiva.

Por todo ello, parece necesario un cambio de paradigma que reconozca que estos recién nacidos, verdaderos sujetos de derecho, son víctimas de una violencia que ningún tipo de regulación podrá eliminar completamente, a la cual el derecho debe oponerse. El hecho de que hoy la sociedad ha evolucionado y considera a la violencia como un asunto público y no privado, tal como ocurre con el tratamiento de la violencia contra las mujeres y la violencia infantil en general, constituye un marco adecuado para insistir en que la maternidad subrogada conlleva verdaderos actos de violencia que constituyen un problema público. En efecto, todas las convenciones y protocolos internacionales destinados a la protección de mujeres y niños se fundamentan en la premisa de que el abuso es un problema público, un fracaso de las sociedades, y que es un deber de los Estados proteger a las personas vulnerables.

Por ello, la clave para prohibir la gestación subrogada radica en su reconocimiento como un crimen propio de la esfera pública, algo que no puede ser regulado mediante el derecho privado a través de acuerdos o contratos. La violencia contra los niños no puede ni debe legalizarse, sino ser erradicada por completo.

BIBLIOGRAFÍA CITADA

BHAUMIK, Aaratrika (2024): “As adoptions collapse, demand for international surrogacy is soaring”, *The Economist*. Disponible en: <https://www.economist.com/internatio->

- nal/2025/01/30/as-adoption-collapse-demand-for-international-surrogacy-is-soaring. Fecha de consulta: 31/01/2025.
- BLANCO, Patricia (2024): “Beba de 10 días, dos italianos y una joven vulnerable: el nuevo caso que pone en foco la subrogación de vientres”, *Infobae*. Disponible en: <https://www.infobae.com/judiciales/2024/10/31/beba-de-10-dias-dos-italianos-y-una-joven-vulnerable-el-nuevo-caso-que-pone-en-foco-la-subrogacion-de-vientres/>. Fecha de consulta: 10/11/2024.
- BIOETICABLOG (sitio web, 2024): “Mujeres pobres explotadas en Argentina”. Disponible en: <https://www.bioeticablog.com/mujeres-pobres-explotadas-en-argentina/>. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- CABRERA CARO, Leticia (2019): “El consentimiento libre: la trampa de la explotación femenina en la maternidad subrogada”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 46, N° 2: pp. 527-553.
- CASABLANCA DECLARATION y ADF INTERNATIONAL (2024): “Submission to the 49th Session of the Human Rights Council’s Universal Periodic Review Working Group. Armenia”. Disponible en: https://declaration-surrogacy-casablanca.org/wp-content/uploads/2024/10/casablanca-declaration_upr49_arm_e_main.pdf. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA (2017): “Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”. Disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/05/maternidadCB.pdf>. Fecha de consulta: 28/11/2024.
- CHAN, William y otros (2012): “Male Microchimerism in the Human Female Brain”, *PLoS ONE*, vol. 7, N° 9: e45592. Disponible en: <https://pmc.ncbi.nlm.nih.gov/articles/PMC3458919/>. Fecha de consulta: 10/10/2024.
- DECLARACIÓN DE CASABLANCA (sitio web, 2023): “Por la abolición universal de los vientres de alquiler”. Disponible en: <https://declaration-surrogacy-casablanca.org/es/>. Fecha de consulta: 12/12/2024.
- FISCALES.GOB.AR (sitio web, 2024): “Córdoba: citan a indagatoria a nueve acusados por captar a mujeres en situación de vulnerabilidad para que subroguen sus vientres”. Disponible en: <https://www.fiscales.gob.ar/trata/cordoba-citan-a-indagatoria-a-nueve-acusados-por-captar-a-mujeres-en-situacion-de-vulnerabilidad-para-que-subroguen-sus-vientres/>. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2018): “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, octubre: pp. 57-72.
- KLONISCH, Thomas y DROUIN, Régen (2009): “Fetal–maternal exchange of multipotent stem/progenitor cells: microchimerism in diagnosis and disease”, *Trends in Molecular Medicine*, vol. 15, N° 11: pp. 510-518.
- LALH, Jennifer (2017): “Contract Pregnancies Exposed: Surrogacy Contracts Don’t Protect Surrogate Mothers and Their Children”, *Public Discourse*. Disponible en: <https://www.thepublicdiscourse.com/2017/11/20390/>. Fecha de consulta: 12/10/2024.

- LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM (ESTADO DE VIRGINIA) (sitio web a): "Surrogacy brokers; repeals statute of prohibition". Disponible en: <https://legacylis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?241+sum+HB110>. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- LEGISLATIVE INFORMATION SYSTEM (ESTADO DE VIRGINIA) (sitio web b): "Session HB 110, Governor's veto". Disponible en: <https://legacylis.virginia.gov/cgi-bin/legp604.exe?241+amd+HB110AG>. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- MELGAR RIMACHI, Adriana (2024): "Las técnicas de reproducción humana asistida y su desvinculación del derecho a la salud y autonomía reproductivas", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 51, N° 2: pp. 99-129.
- MICHIGAN LEGISLATURE (sitio web): "House Bill 5207 of 023 (Public Act 24 of 2024)". Disponible en: <https://legislature.mi.gov/Bills/Bill?ObjectName=2023-HB-5207>. Fecha de consulta: 12/12/2024.
- MINISTERIO DE SEGURIDAD NACIONAL (Argentina) (sitio web, 2024): "Desarticulamos una red transnacional de trata para la subrogación de vientres y la venta de bebés". Disponible en: <https://www.argentina.gob.ar/noticias/desarticulamos-una-red-transnacional-de-trata-para-la-subrogacion-de-vientres-y-la-venta-de>. Fecha de consulta: 13/05/2025.
- MUÑOZ-GÓMEZ, Diana (2021): "Barreras comunicacionales en la práctica de la maternidad subrogada. Una crisis en tiempos de pandemia", *Revista de Bioética y Derecho*, vol. 52: pp. 61-83.
- MY SURROGACY JOURNEY (sitio web, 2022): "Surrogacy trends for UK nationals; our exclusive findings". Disponible en: <https://mysurrogacyjourney.com/blog/surrogacy-trends-for-uk-nationals-our-exclusive-findings/>. Fecha de consulta: 12/12/2024.
- OBSERVATOIRE DE LA PROCRÉATION ASSISTÉE (sitio web): "Gestation pour autrui (GPA)", s.f. Disponible en: <https://procreation-assistee.fr/gestation-pour-autrui-gpa/>. Fecha de consulta: 15/05/2025.
- PRECEDENCE RESEARCH (sitio web, 2024): "Surrogacy Market Size, Share and Trends 2024 to 2034". Disponible en: <https://www.precedenceresearch.com/surrogacy-market>. Fecha de consulta: 12/10/2024.
- REES, Dorian (2024): "Ireland proposes legislative changes to provide legal certainty for international surrogacy", *Pinsent Masons*. Disponible en: <https://www.pinsentmasons.com/out-law/news/ireland-proposes-legislative-changes-international-surrogacy>. Fecha de consulta: 12/12/2024.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara y FERNÁNDEZ-ARROJO, María (2022): "La intención de procrear y el interés superior del niño en el contexto de la reproducción asistida", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 49, N° 1: pp. 27-53.
- RUDRAPPA, Sharmila (2018): "Reproducing Dystopia: The Politics of Transnational Surrogacy in India, 2002–2015", *Critical Sociology*, vol. 44, N° 7-8: pp. 1087-1101.
- SÁNCHEZ-MARTÍNEZ, María Olga (2016): "Los acuerdos de maternidad subrogada: nuevos retos en la protección de los derechos de la mujer y la infancia", *Cuadernos Ibero-Americanos de Direito Sanitário*, vol. 5, N° 1: pp. 146-178.
- SAVLA, Amisha (2023): "Surrogacy (Regulation) Bill 2020 and its Implications on the Reproductive Tourism Industry in India", *Medical Journal of Dr. D.Y. Patil Vidyapeeth*, vol. 16, N° 2: pp. 220-226.

- SOCIAL-OG BOLIGMINISTERIET (sitio web, 2024): "Mere stabilitet og tryghed for børn født gennem surrogataftaler". Disponible en: <https://www.sm.dk/nyheder/nyhedsarkiv/2024/feb/mere-stabilitet-og-tryghed-for-boern-foedt-gennem-surrogataftaler->. Fecha de consulta: 12/11/2024.
- SOUTO GALVÁN, Beatriz (2005): "Aproximación al estudio de la gestación de sustitución desde la perspectiva del bioderecho", *Foro. Revista de Ciencias Jurídicas Sociales*, vol. 1: pp. 275-292.
- THE BUSINESS RESEARCH COMPANY (2025): "Surrogacy Global Market Report 2025". Disponible en: <https://www.thebusinessresearchcompany.com/report/surrogacy-global-market-report>, Fecha de consulta: 12/02/2025.
- TRACHMAN, Ellen (2024): "Denmark Passes New Pro-Surrogacy Regulations", *Above the Law*. Disponible en: <https://abovethelaw.com/2024/02/denmark-passes-new-pro-surrogacy-regulations/>. Fecha de consulta: 16/10/2024.
- UBIALI, Maria Chiara (2024): "Towards Universal Criminalisation. Italy to Unconditionally Prosecute Its Citizens for Surrogacy Carried Out Abroad", *Verfassungsblog*. Disponible en: <https://verfassungsblog.de/italy-surrogacy-abroad-reform/#:~:text=40/2004:%20%E2%80%9CIf%20the%20facts%20referred%20to%20in,request%20of%20the%20Minister%20of%20Justice%20and>. Fecha de consulta: 12/12/2024.
- U.S. DEPARTMENT OF STATE (sitio web, 2024): "2024 Trafficking in Persons Report: Laos", s.f. Disponible en: https://www.state.gov/reports/2024-trafficking-in-persons-report/laos/?utm_source=chatgpt.com. Fecha de consulta: 13/05/2025.

NORMAS E INSTRUMENTOS CITADOS

- ARGENTINA, *Constitución Nacional* (03/01/1995).
- ARMENIA, *Օրենքը ՀՕ-317-Ն "Մարդու վերարտադրողական առողջության և վերարտադրողական իրավունքների մասին" օրենքում լրացումներ և փոփոխություններ կատարելու մասին* (Ley N° 317-N relativa a la introducción de enmiendas y modificaciones en la Ley "Sobre la salud reproductiva humana y los derechos reproductivos") (12/07/2024).
- EUROPEAN PARLIAMENT, *Legislative Observatory, 2022/0426(COD) Preventing and combating trafficking in human beings and protecting its victims*.
- COMISIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas COM/2022/732 final* (19/12/2022).
- CONSEJO DE LA UNIÓN EUROPEA, *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/36/UE relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, Expediente interinstitucional 2022/0426(COD)* (09/11/2023).
- CONVENIO RELATIVO A LA PROTECCIÓN DEL NIÑO Y A LA COOPERACIÓN EN MATERIA DE ADOPCIÓN INTERNACIONAL (29/05/1993).
- COUNCIL OF EUROPE, *Parliamentary Assembly, Report Children's Rights Related to Surrogacy* (23/09/2016).

- COUNCIL OF THE EUROPEAN UNION, *Ordinary legislative procedure, first reading agreement 2022/0066 (COD)* (24/04/2024).
- ESPAÑA, *Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo* (28/02/2023).
- INDIA, *The Surrogacy (Regulation) Bill 257* (16/11/2016).
- INDIA, *The Surrogacy (Regulation) Act* (17/12/2021).
- IRLANDA, *Health (Assisted Human Reproduction) Act 2024* (02/07/2024).
- NACIONES UNIDAS, ASAMBLEA GENERAL: *Resolución sobre la Trata de Mujeres y Niñas, 79o Período de Sesiones, Tercera Comisión, A/C.3/79/L.16/Rev.1* (13/11/2024).
- PARLAMENTO EUROPEO, *Resolución sobre el Informe Anual sobre los Derechos Humanos y la Democracia en el Mundo (2014) y la Política de la Unión Europea al Respecto (2015/2229(INI))* (17/12/2015).
- UNIÓN EUROPEA, *Directiva (UE) 2024/1712 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de Junio de 2024, por la que se Modifica la Directiva 2011/36/UE Relativa a la Prevención y Lucha contra la Trata de Seres Humanos y a la Protección de las Víctimas* (13/06/2024).
- UNITED STATES OF AMERICA, *Code of Virginia*.
- UNITED STATES OF AMERICA, (COMMONWEALTH OF MASSACHUSETTS), *Bill H.4750 An Act to Ensure Legal Parentage Equality* (09/08/2024).
- UNITED STATES OF AMERICA, (STATE OF MICHIGAN), *Bill 5207, Act No. 24* (01/01/2024 – 17/04/2024).

JURISPRUDENCIA CITADA

- ARGENTINA, Corte Suprema de la Nación Argentina, *S., I. N. c/ A., C. L. s/ IMPUGNACIÓN DE FILLIACIÓN*, N° CIV 86767/2015/1/RH1, (22/10/2024).
- COLOMBIA, Corte Suprema de Justicia de Colombia. Sentencia SC009-2024, Sala de Casación Civil (22/03/2024).
- COLOMBIA, Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-127/24 (18/04/2024).
- COLOMBIA, Juzgado 38 de Familia de Bogotá, Sentencia N° 17-2023-00926-00 (04/12/2024).
- ESTADOS UNIDOS, Corte de Apelación de Tennessee, *THE ADOPTION OF MALE CHILD A.F.C. BY: C.M.C. AND D.F.C., AND J.L.B.*, 491 S.W.3d 316 (16/07/2014).
- ITALIA, Corte de Casación de Italia, Sección Civil I, Ordenanza n.° 85/2024 (03/01/2024).
- INDIA, Corte Suprema de India, *I.A. No.191808/2023 IN W.P. (C) N° 487/2023*, N° 756/2022, (05/02/2024).
- Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *K.K. Y OTROS c/ DINAMARCA*, N° 25212/21 (06/12/2022).
- Tribunal Supremo de España, Sentencia 1626/2024, Recurso 7904/2023 (04/12/2024)

