



# Asamblea General

Distr. general  
15 de enero de 2018  
Español  
Original: inglés

---

## Consejo de Derechos Humanos

37º período de sesiones

26 de febrero a 23 de marzo de 2018

Tema 3 de la agenda

**Promoción y protección de todos los derechos humanos,  
civiles, políticos, económicos, sociales y culturales,  
incluido el derecho al desarrollo**

## **Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños**

### **Nota de la Secretaría**

En su informe, preparado de conformidad con las resoluciones 7/13 y 34/16 del Consejo de Derechos Humanos, la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, ofrece una reseña general de las actividades que ha realizado desde su anterior informe, presentado al Consejo en marzo de 2017. En el informe también figura un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños, así como recomendaciones sobre la manera de hacer efectiva la prohibición de la venta de niños y prevenir que esta tenga lugar.



## I. Introducción

1. El informe se presenta en virtud de lo dispuesto en las resoluciones 7/13 y 34/16 del Consejo de Derechos Humanos. En él se facilita información sobre las actividades realizadas por la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, desde la presentación de su anterior informe al Consejo de Derechos Humanos en marzo de 2017. También figura un estudio temático sobre la gestación por sustitución y la venta de niños.

## II. Actividades

### A. Visitas a países

2. La Relatora Especial emprendió una visita a la República Dominicana del 8 al 15 de mayo de 2017<sup>1</sup>. También realizó una visita a la República Democrática Popular Lao del 8 al 16 de noviembre de 2017<sup>2</sup>. El informe de la visita a la República Democrática Popular Lao se presentará al Consejo de Derechos Humanos en su 40º período de sesiones. La Relatora Especial agradece a los Gobiernos de ambos países su cooperación antes de la visita y durante ella.

3. El Gobierno de Irlanda ha aceptado que la Relatora Especial realice una visita del 14 al 21 de mayo de 2018, y el Gobierno de Malasia ha aceptado acoger una visita del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2018. La Relatora Especial agradece a los Gobiernos de ambos países que hayan aceptado las visitas y espera con anticipación que se mantenga un diálogo constructivo en el marco de los preparativos de ambas misiones. Asimismo, invita al Gobierno de la India a que proponga fechas para recibir una visita en 2019.

### B. Otras actividades

#### 1. Conferencias y colaboración con las partes interesadas<sup>3</sup>

4. El 4 de octubre de 2017 la Relatora Especial presidió una sesión sobre los abusos sexuales de niños en línea en el Congreso Mundial sobre la Dignidad del Niño en el Mundo Digital, organizado por el Centro de Protección del Niño de la Universidad Pontificia Gregoriana de Roma.

5. El 10 de octubre de 2017 la Relatora Especial y la Relatora Especial sobre los derechos humanos de las víctimas de la trata de personas, especialmente mujeres y niños, presentaron ante el septuagésimo segundo período de sesiones de la Asamblea General su informe conjunto sobre la vulnerabilidad de los niños frente a la venta, la trata y otras formas de explotación en situaciones de conflicto y de crisis humanitaria<sup>4</sup>. El 11 de octubre de 2017 la Relatora Especial participó en una mesa redonda dedicada a la prevención de la violencia contra los niños y la labor encaminada a perfilar las tareas y medir los progresos con respecto a la consecución de la meta 16.2 de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, organizada en Nueva York por el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y por la delegación de la Unión Europea ante las Naciones Unidas y la Misión Permanente del Uruguay ante las Naciones Unidas.

---

<sup>1</sup> Véase A/HRC/37/60/Add.1.

<sup>2</sup> Véase [www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22416&LangID=E](http://www.ohchr.org/EN/NewsEvents/Pages/DisplayNews.aspx?NewsID=22416&LangID=E).

<sup>3</sup> Las actividades llevadas a cabo de febrero a julio de 2017 por la Relatora Especial pueden consultarse en A/72/164.

<sup>4</sup> Véase A/72/164.

## 2. Comunicaciones

6. Los resúmenes de seis comunicaciones enviadas por la Relatora Especial durante el período que se examina figuran en los informes sobre comunicaciones de los procedimientos especiales.

## III. Estudio sobre la gestación por sustitución y la venta de niños

### A. Objetivo, alcance y metodología

7. En el mandato de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, se hace referencia a “las cuestiones relativas a la venta de niños”<sup>5</sup>. En los dos últimos informes de la Relatora Especial se ha subsanado una “deficiencia” derivada de no prestar suficiente atención a cuestiones distintas de la “explotación sexual de los niños”<sup>6</sup>. De ahí que el informe de la Relatora Especial a la Asamblea General en su septuagésimo primer período de sesiones se centrara en la venta de niños con fines de trabajo forzoso<sup>7</sup> y que el informe al Consejo de Derechos Humanos en su 34º período de sesiones se centrara en las adopciones ilegales<sup>8</sup>.

8. En el presente estudio se subsana otra “deficiencia” más, que en este caso se refiere a la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución. Es continuación lógica del estudio sobre las adopciones ilegales, en el que la Relatora Especial ya había señalado que “el persistente vacío normativo en relación con los acuerdos internacionales de maternidad subrogada comercial hace que los niños nacidos mediante ese método sean vulnerables a la violación de sus derechos, y la práctica a menudo equivale a la venta de niños y puede desembocar en la adopción ilegal”<sup>9</sup>. El Comité de los Derechos del Niño ha expresado sistemáticamente preocupaciones semejantes en el sentido de que la gestación por sustitución puede provocar venta de niños o ser equiparable a esta<sup>10</sup>.

9. En consecuencia, en el presente estudio se examinan situaciones en que los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños de conformidad con el derecho internacional de los derechos humanos y con la definición que figura en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. Se pasa revista a la amplia gama de políticas en materia de gestación por sustitución en el contexto de la actual ausencia de normas internacionales explícitas y específicas. Igualmente, se indica la presencia de prácticas abusivas en contextos tanto no regulados como regulados. Para fortalecer la legitimidad y la viabilidad de la norma fundamental que prohíbe la venta de niños, el estudio presenta análisis y recomendaciones sobre la aplicación de esta prohibición en el ámbito de la gestación por sustitución.

10. Por “gestación por sustitución” se entiende una práctica de reproducción mediante un “tercero” en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Los contratos de maternidad subrogada suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna<sup>11</sup>. La gestación por

<sup>5</sup> Véase la resolución 1990/68 de la Comisión de Derechos Humanos.

<sup>6</sup> Véase A/71/261, párr. 15.

<sup>7</sup> *Ibid.*, párr. 16.

<sup>8</sup> Véase A/HRC/34/55.

<sup>9</sup> *Ibid.*, párr. 52.

<sup>10</sup> Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

<sup>11</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” (marzo de 2012), disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

sustitución suele tener lugar en un contexto de tecnologías de asistencia médica para la procreación, como es el caso de la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria con fines de gestación subrogada en un sentido pleno (cuando la madre de alquiler no guarda relación genética con el niño) y la inseminación artificial en el caso de la gestación subrogada tradicional o parcial, que es cuando la madre de alquiler guarda relación genética con el niño. Mediante compra o “donación” también pueden obtenerse gametos de otras partes que no son ni el aspirante o aspirantes a progenitor ni la madre de alquiler, en cuyo caso el aspirante o aspirantes tal vez guarden, o tal vez no, relación genética con el niño<sup>12</sup>.

11. El análisis de la venta de niños que figura en el presente estudio es aplicable a la gestación por sustitución de ámbito internacional y nacional, la gestación tradicional y la plena y la gestación por sustitución de carácter comercial o altruista. El estudio se centra en la prohibición de la venta de niños y en los derechos del niño de conformidad con las normas internacionales y las cuestiones en materia de protección derivadas de la práctica contemporánea de la gestación por sustitución. La incidencia de esta práctica en los derechos de las mujeres queda fuera del alcance del presente estudio, excepto en relación con las cuestiones que afectan a la vez a los derechos de los niños y los de las mujeres o con determinadas violaciones claras de derechos que esclarecen asuntos reglamentarios o relativos al cumplimiento. La Relatora Especial se hace eco de la posición de otros expertos en derechos humanos que han declarado inaceptable la discriminación de las mujeres en virtud de la instrumentalización de sus cuerpos con fines culturales, políticos, económicos o de otro tipo, incluso cuando está anclada en un conservadurismo de corte patriarcal<sup>13</sup>. La Relatora Especial alienta a otros mecanismos de derechos humanos y entidades de las Naciones Unidas a que contribuyan mediante nuevas investigaciones a las deliberaciones sobre la gestación por sustitución y su repercusión en los derechos humanos de las mujeres y otros interesados a fin de elaborar una normativa basada en los derechos humanos y prevenir los abusos y violaciones. Nada de lo que se consigna en el presente informe deberá interpretarse como limitación de la autonomía de las mujeres en cuanto a la adopción de decisiones ni de sus derechos a la salud sexual y reproductiva.

12. El estudio se ha alimentado de contribuciones de expertos internacionales y organizaciones internacionales competentes. El 1 de noviembre de 2017 la Relatora Especial organizó en Ginebra una reunión de expertos en la cuestión de la gestación por sustitución. La Relatora Especial también participó en una reunión de expertos en materia de gestación por sustitución organizada en mayo de 2017 por el Servicio Social Internacional en el Departamento de Derecho de la Universidad de Verona (Italia). La Relatora Especial desea dar gracias especiales a los miembros del grupo central de expertos del proyecto sobre gestación subrogada del Servicio Social Internacional por su contribución a la elaboración del estudio. También resultó útil a la Relatora Especial revisar la labor del Comité de los Derechos del Niño, el Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Asimismo, se ha servido de lo observado durante sus misiones a diversos países.

## B. Preocupaciones urgentes

13. Va en aumento la práctica reproductiva de la gestación por sustitución. De hecho, a la par que el número de adopciones internacionales ha disminuido y que se han ido imponiendo a esa práctica cada vez más normas internacionales, el número de contratos internacionales de maternidad subrogada ha aumentado rápidamente ante la ausencia de normas internacionales<sup>14</sup>. En ese sentido, la gestación por sustitución, como ya ocurrió con la adopción internacional en los años ochenta y noventa del pasado siglo, se ha perfilado como esfera preocupante en la medida en que un sistema determinado por la demanda

<sup>12</sup> *Ibid.* Se trataría asimismo de gestación subrogada tradicional en los casos de fecundación *in vitro* o transferencia embrionaria que emplearan los óvulos de la madre de alquiler.

<sup>13</sup> Véase A/HRC/32/44, párr. 106 a).

<sup>14</sup> Véase Katarina Trimmings y Paul Beaumont, eds., *International Surrogacy Arrangements* (2013), págs. 439, 441 y 442.

puede poner en peligro los derechos de los niños<sup>15</sup>. También cunden la “inquietud” y la preocupación por que “la práctica de contratar a madres gestantes de Estados con economías emergentes para que den a luz a hijos de aspirantes a progenitor más adinerados de otros Estados presente dimensiones semejantes a las examinadas en los informes preparatorios sobre la adopción internacional”<sup>16</sup>.

14. Los contratos internacionales de maternidad subrogada presentan diversas pautas transfronterizas. Lo normal ha sido que aspirantes a progenitor de países desarrollados, entre ellos Alemania, Australia, el Canadá, España, los Estados Unidos de América, Francia, Israel, Italia, Noruega y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, concierten contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada con madres de alquiler de países en desarrollo, como Camboya, la India, Nepal, la República Democrática Popular Lao y Tailandia<sup>17</sup>. No obstante, California y otras jurisdicciones de los Estados Unidos son centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, como también lo son la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania, lo cual establece un conjunto distinto de relaciones transfronterizas<sup>18</sup>. Además, los aspirantes a progenitor de China suelen contratar la gestación por sustitución en Asia Sudoriental y los Estados Unidos<sup>19</sup>. Todas estas pautas suscitan preocupaciones en el ámbito de los derechos humanos.

15. La legislación nacional por la que se rige la gestación por sustitución recorre el espectro que va de prohibir a permitir. Estas variaciones se dan de un país a otro, aunque a veces también dentro de un mismo país, pues es normal que la gestación por sustitución se rija principalmente por el derecho local (en los casos de Australia, los Estados Unidos y México)<sup>20</sup>. Las jurisdicciones más prohibicionistas, como Alemania y Francia, vetan todas las formas de gestación por sustitución, ya sean comerciales o altruistas, tradicionales o de gestación plena<sup>21</sup>. La mayor parte de las jurisdicciones en las que se legisla la gestación por sustitución, como Australia, Grecia, Nueva Zelanda, el Reino Unido y Sudáfrica, prohíben la modalidad “comercial”, “con ánimo de lucro” o “remunerada” de la práctica, a la vez que permiten, de forma explícita o implícita, la variedad “altruista”<sup>22</sup>. Solo unos pocos Estados permiten explícitamente la gestación por sustitución de carácter comercial por parte de aspirantes a progenitor nacionales y extranjeros, con lo cual optan por ser centros de

<sup>15</sup> Véanse J. H. A. van Loon, “Report on intercountry adoption”, documento preliminar núm. 1, secc. E, págs. 51 a 55, disponible en [https://assets.hcch.net/upload/adoption\\_rpt1990vloon.pdf](https://assets.hcch.net/upload/adoption_rpt1990vloon.pdf); véase también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, Magistrado Superior Federal Pascoe (Australia), “Intercountry surrogacy – a new form of trafficking?”, disponible en [www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/15.pdf](http://www.austlii.edu.au/au/journals/FedJSchol/2012/15.pdf), y Chantal Saclier (Servicio Social Internacional), “Children and adoption: which rights and whose?”, UNICEF, *Innocenti Digest 4: Intercountry Adoption*, págs. 12 y 13.

<sup>16</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 5 y nota 28.

<sup>17</sup> Véase Trimmings y Beaumont, pág. 472.

<sup>18</sup> *Ibid.*, págs. 311 a 324, 357 a 366 y 464 a 469. Véanse también Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, nota 94, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements” (marzo de 2014), párr. 130, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>, y *Re D (A Child) (Surrogacy) [2014] EWHC 2121 (Fam)* (Georgia).

<sup>19</sup> Véanse más abajo las notas 22 a 24.

<sup>20</sup> Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 25, 256 y 257, y Courtney Joslin (corresponsal), Comité de Redacción de la Ley Uniforme de Paternidad (8 de febrero de 2016), págs. 3 a 6, disponible en [www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8\\_AUPA\\_Memo\\_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf](http://www.uniformlaws.org/shared/docs/parentage/2016feb8_AUPA_Memo_Revision%20Drafting%20Committee%20Surrogacy.pdf).

<sup>21</sup> Véase Trimmings y Beaumont, págs. 119 a 142.

<sup>22</sup> *Ibid.*, pág. 454, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 18, y Presidente del Tribunal John Pascoe (Australia), Tercera Conferencia Anual Legalwise sobre Derecho Internacional de Familia, Shanghái (China), 17 a 20 de septiembre de 2014, disponible en [www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2014/paper-pascoe-international-commercial-surrogacy](http://www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2014/paper-pascoe-international-commercial-surrogacy).

gestación por sustitución de carácter comercial en los ámbitos nacional e internacional<sup>23</sup>. Camboya, la India, Nepal y Tailandia y el estado mexicano de Tabasco son ejemplos de Estados o jurisdicciones que, habiendo servido de centros de contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada, recientemente han adoptado medidas para prohibir o limitar los contratos de ese tipo, por lo general ante prácticas abusivas<sup>24</sup>. Sin embargo, la Federación de Rusia, Georgia y Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos llevan ya bastante tiempo decantándose por seguir siendo centros de contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional<sup>25</sup>.

16. La legislación por la que se rige la gestación por sustitución también presenta grandes diferencias que van de ser abundante a no existir<sup>26</sup>. Aunque la gestación por sustitución tiene antecedentes históricos<sup>27</sup>, las prácticas modernas van ligadas al auge de la asistencia médica para la procreación, que, además de ofrecer nuevas oportunidades de reproducción, plantea nuevos dilemas jurídicos y éticos. De ahí que a menudo se afirme que la legislación tiene dificultades para estar al día de las tecnologías y prácticas que van surgiendo<sup>28</sup>. Muchos países, como la Argentina, Bélgica, Guatemala, Irlanda y el Japón, y muchas jurisdicciones de los Estados Unidos no han promulgado hasta la fecha legislación en materia de gestación por sustitución, ya sea prohibicionista o permisiva, con lo cual los tribunales y las autoridades competentes se ven obligados a articular sus propias respuestas a la práctica de la gestación por sustitución a medida que esta evoluciona<sup>29</sup>. En ausencia de legislación específica en materia de gestación por sustitución, a menudo se suscriben contratos de maternidad subrogada sobre la base de leyes previas por las que se rigen los asuntos relativos a la paternidad, la retirada de la patria potestad y la adopción<sup>30</sup>. Las jurisdicciones que han adoptado legislación más explícita en el ámbito de la gestación por sustitución presentan variaciones en cuanto al alcance de la legislación y su claridad. La ausencia de leyes claras y exhaustivas en el ámbito de la gestación por sustitución pueden propiciar el surgimiento de una variedad comercial no regulada, así como de las prácticas de explotación concomitantes<sup>31</sup>.

17. Los aspirantes a progenitor viajan a menudo de jurisdicciones que prohíben la gestación por sustitución de carácter comercial, como Australia, Francia o Italia, a jurisdicciones que la permiten, de donde se proponen volver a su jurisdicción de origen con hijos nacidos de un vientre alquilado. Esos viajes eluden deliberadamente las leyes

<sup>23</sup> Véanse Presidente del Tribunal John Pascoe (Australia), Tercera Conferencia Anual Legalwise sobre Derecho Internacional de Familia, y Trimmings y Beaumont, págs. 443 a 454.

<sup>24</sup> Véase “An update on the work of the Hague Conference on Private International Law”, *Mededelingen van de Koninklijke Nederlandse Vereniging voor Internationaal Recht*, núm. 144 (2017), y Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”, *South China Morning Post*, disponible en [www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business](http://www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business).

<sup>25</sup> Véase Trimmings y Beaumont, págs. 357 a 365 y 443. En relación con Georgia, véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, nota 94, Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 130, y *Re D (A Child) (Surrogacy)* [2014] EWHC 2121 (Fam).

<sup>26</sup> Véase Trimmings y Beaumont, págs. 443 a 454.

<sup>27</sup> Véase David Smolin, “Surrogacy as the sale of children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43 (2016), págs. 265 y 289 a 302, disponible en [https://works.bepress.com/david\\_smolin/19/](https://works.bepress.com/david_smolin/19/).

<sup>28</sup> Véase, por ejemplo, Magistrado Superior Federal Pascoe, “The rise of surrogate parenting” 24<sup>a</sup> Conferencia Asiática sobre Derecho, Seúl (República de Corea), 10 de octubre de 2011, secc. 6 (citando al Juez Benjamin), disponible en [www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2011/speech-pascoe-lawasia-2011](http://www.federalcircuitcourt.gov.au/wps/wcm/connect/fccweb/reports-and-publications/speeches-conference-papers/2011/speech-pascoe-lawasia-2011).

<sup>29</sup> Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 5 a 24, 49 a 83, 167 a 174, 219 a 230, 247 a 253 y 391, y Parlamento Europeo, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States” (2013), pág. 206, disponible en [www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403](http://www.europarl.europa.eu/thinktank/en/document.html?reference=IPOL-JURI_ET(2013)474403).

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> Véanse las fuentes citadas en la anterior nota 10, así como Trimmings y Beaumont, pág. 442, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”.

prohibicionistas y plantean dilemas a las jurisdicciones en cuestión<sup>32</sup>. Las autoridades y los tribunales competentes se enfrentan a menudo a una situación en que, consumados los hechos, se les pide que validen contratos internacionales de maternidad subrogada que son ilegales en una jurisdicción o en ambas<sup>33</sup>. El dilema se ve agudizado por el imperativo de proteger los derechos de estos niños nacidos de vientres alquilados<sup>34</sup>. La comprensión que suscitan los aspirantes a progenitor, movidos por el deseo de formar una familia, complica aún más el problema. La preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación, agudiza los dilemas a los que hacen frente los Estados<sup>35</sup>.

18. Las redes comerciales internacionales de gestación por sustitución pasan de una jurisdicción a otra en función de los cambios de la legislación. De hecho, a veces la fecundación *in vitro* y la transferencia embrionaria tienen lugar en un Estado, tras lo cual la madre de alquiler se traslada a un segundo Estado para dar a luz, mientras que el aspirante o aspirantes a progenitor proceden de un tercer Estado<sup>36</sup>. De ello se desprende con claridad la necesidad de elaborar y aplicar normas internacionales.

19. Estos dilemas por resolver han planteado urgentes preocupaciones a los Estados y a la comunidad internacional. Algunos se preocupan fundamentalmente por los dilemas y por su incidencia en los derechos humanos cuando la gestación por sustitución se practica a escala internacional para eludir las prohibiciones nacionales. Otros se preocupan principalmente por las prácticas abusivas que pueden derivarse de la falta de legislación internacional o nacional aplicable. Desde esta óptica, la solución necesaria consiste en implantar marcos jurídicos internacionales y nacionales por los que se rijan claramente la gestación por sustitución<sup>37</sup>.

20. Algunos recomiendan legalizar y regular la gestación por sustitución de carácter altruista y comercial. Con ello se espera que la legalización, combinada con el marco regulatorio, proteja los derechos, la dignidad y los intereses de todas las partes evitando a la vez los perjuicios y violaciones de la práctica subrepticia o no regulada de la gestación por sustitución. Otros abogan por prohibir la gestación por sustitución en todas sus formas por motivos de dignidad humana o alegando que tiene intrínsecamente carácter de explotación o lo suele tener en los actuales contextos de desequilibrio de poder. La respuesta que aparece con más frecuencia en la legislación y en la práctica de los Estados ha consistido en prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial y permitir la de carácter altruista, en el entendimiento de que la variedad comercial convierte a los niños en artículos de consumo y explota a las madres de alquiler<sup>38</sup>. La incapacidad del Consejo de Europa para adoptar una posición ejemplifica el calibre del conflicto en la medida en que una mayoría aplastante estaba a favor de prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial o la gestación por sustitución de todo tipo, pese a lo cual al final no se adoptó una posición a causa de las divergencias entre ambos pareceres<sup>39</sup>.

<sup>32</sup> Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párrs. 25, 28, 31 y 32, y Tribunal Europeo de Derechos Humanos, *Menesson c. Francia*, demanda núm. 65192/11, sentencia de 26 de junio de 2014, *Labassee c. Francia*, demanda núm. 65941/11, sentencia de 26 de junio de 2014, y *Paradiso y Campanelli c. Italia*, demanda núm. 25358/12, sentencia de la Gran Sala de 24 de enero de 2017.

<sup>33</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 215.

<sup>34</sup> Véase *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* [2008] EWHC 3030 (Fam), párr. 22, a cargo del Juez Hedley.

<sup>35</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”.

<sup>36</sup> Véase Audrey Wilson, “How Asia’s surrogate mothers became a cross-border business”.

<sup>37</sup> Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements” y “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”.

<sup>38</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, párr. 18; véase también Juez Pascoe 2014, en la anterior nota 22.

<sup>39</sup> Véase “An update on the work of the Hague Conference”, págs. 102 y 103 y notas 32 y 33.

21. Aunque se llegue a un acuerdo entre las distintas opciones referentes a la prohibición, la cuestión de la regulación “apropiada” plantea divisiones semejantes. En ese sentido, las cuestiones regulatorias básicas suscitan desacuerdos fundamentales, como la determinación de la patria potestad, si se va a proceder a una determinación del interés superior, la regulación de los aspectos financieros de la gestación por sustitución, la condición de las “madres de alquiler” e incluso la terminología, el ejercicio de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, la evaluación de la idoneidad de los aspirantes a progenitor, la importancia de las conexiones genéticas y el papel de los contratos y los tribunales. Así pues, incluso quienes están a favor de legalizar y regular la gestación por sustitución pueden estar en total desacuerdo en cuanto a las formas de regulación apropiadas<sup>40</sup>.

22. En medio de esta controversia, el presente estudio propone un refugio seguro basado en una premisa sencilla: todos los Estados están obligados a prohibir la venta de niños y a crear salvaguardias para su prevención. Aunque el imperativo de prohibir y prevenir la venta de niños no ofrece respuestas a todos los debates de política que rodean a la gestación por sustitución, sí limita el alcance de los enfoques admisibles.

23. Este papel preponderante de la prohibición de la venta de niños obedece al riesgo de que los Estados y la comunidad internacional procuren legalizar y normalizar la venta de niños y otras violaciones de los derechos humanos al regular la gestación por sustitución. En medio de la demanda de legislación aplicable, la demanda de niños y la influencia de una industria pujante y poderosa que se dedica a la gestación por sustitución, existe el riesgo de que la legislación aplicable que se apruebe vaya en menoscabo de los derechos humanos fundamentales. La exigencia de que las órdenes nacionales de patria potestad se reconozcan a escala mundial sin restricciones debidas y haciendo caso omiso de las preocupaciones relativas a los derechos humanos plantea el riesgo conexo de que una minoría de jurisdicciones con enfoques permisivos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial y con regulaciones que no protegen los derechos de las partes vulnerables frente a la explotación normalicen a escala mundial prácticas que violan los derechos humanos<sup>41</sup>.

24. La gestación por sustitución, en particular la de carácter comercial, suele comportar prácticas abusivas. Además, supone un cuestionamiento directo de la legitimidad de las normas de derechos humanos en la medida en que algunos de los regímenes jurídicos vigentes en la materia pretenden legalizar prácticas que violan la prohibición internacional de la venta de niños, así como otras normas de derechos humanos. Igualmente, gran parte de los argumentos aducidos a favor de estos regímenes jurídicos en materia de gestación por sustitución de carácter comercial podrían, de ser aceptados, legitimar prácticas en otros ámbitos que se consideran ilícitas, como ocurre con la adopción. Así pues, de aceptarse este tipo de régimen jurídico aplicable, en calidad de legislación internacional o nacional o en virtud de principios de reconocimiento, sufriría menoscabo la normativa establecida en materia de derechos humanos.

25. La comunidad internacional no puede renunciar a los avances realizados en la elaboración de normativa sobre los derechos del niño, incluidas las normas preparadas en el contexto de la adopción. En décadas anteriores la comunidad internacional hizo frente a sistemas de adopción basados en la atención de la demanda de niños por parte de adultos e impulsados por intereses comerciales e incentivos financieros que, en la práctica, explotaban la vulnerabilidad de los padres biológicos<sup>42</sup>. Ante ello, la comunidad internacional insistió en que el interés superior del niño fuera la “consideración primordial”

<sup>40</sup> Véanse Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”, y “A study of legal parentage and the issues arising from international surrogacy arrangements”; véase también el informe de la American Bar Association (indicado más adelante).

<sup>41</sup> Véase el informe y la resolución 112B de la American Bar Association, disponibles en [https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/family/Hague\\_Consideration.authcheckdam.pdf](https://www.americanbar.org/content/dam/aba/uncategorized/family/Hague_Consideration.authcheckdam.pdf).

<sup>42</sup> Véanse, por ejemplo, Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y van Loon, “Report on intercountry adoption”.

en la esfera de la adopción<sup>43</sup>, creó normas que exigían la regulación estricta de los aspectos financieros de la adopción internacional<sup>44</sup>, procuró proteger a las familias biológicas vulnerables y negó que los candidatos a progenitor adoptivo tuvieran derecho a tener un hijo<sup>45</sup>. La aplicación de estas normas en el ámbito de la adopción ha resultado difícil, pero se ha avanzado considerablemente en cuanto al establecimiento de normas, el seguimiento y el cumplimiento<sup>46</sup>.

26. Sin embargo, la industria de la gestación por sustitución de carácter comercial y sus defensores han insistido en que se acepten los tipos de sistema rechazados por la comunidad internacional en materia de adopción por lo que se refiere a los sistemas de gestación subrogada. De ahí que la industria y sus defensores insistan en que la modalidad comercial se acepte en todo el mundo como sistema basado en el mercado que está pensado principalmente en función de la demanda de niños por parte de adultos y prevé que la patria potestad se determine en lo esencial mediante un contrato. Por ejemplo, la American Bar Association, que representa a más de 400.000 abogados<sup>47</sup>, promueve la gestación por sustitución de carácter comercial a escala nacional e internacional<sup>48</sup>. La postura de la American Bar Association tiene repercusión en el plano internacional, pues promueve los contratos comerciales internacionales de maternidad subrogada y las operaciones de intermediarios a escala mundial.

27. La American Bar Association observa que “es innegable que la contratación de servicios de gestación de niños por sustitución a cambio de dinero representa un mercado”<sup>49</sup>. Encomia este “mercado” y observa que “los mecanismos basados en el mercado han permitido el funcionamiento eficiente de la gestación por sustitución de ámbito internacional”<sup>50</sup>. La American Bar Association rechaza que se aplique a la gestación por sustitución la norma del interés superior del niño<sup>51</sup>, rechaza la mayor parte de las modalidades de examen de la idoneidad y evaluación de la competencia de los aspirantes a progenitor<sup>52</sup>, rechaza que se impongan límites a la retribución de las madres de alquiler y los donantes de gametos<sup>53</sup>, rechaza que se impongan a las agencias de gestación por sustitución requisitos para la concesión de licencias<sup>54</sup>, rechaza los derechos a las partidas de nacimiento o a información sobre los orígenes personales<sup>55</sup>, rechaza el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 como “modelo de convenio en el ámbito de la gestación por sustitución”<sup>56</sup> y rechaza los tratados bilaterales en materia de gestación subrogada<sup>57</sup>. La American Bar Association afirma que “anda descaminada toda labor que vaya dirigida a regular el mercado internacional de la gestación por sustitución en sí”<sup>58</sup>. De hecho, propugna que todo instrumento internacional en materia de gestación por sustitución prescindiera de la dimensión de los derechos humanos<sup>59</sup>; de ahí que rechace “la regulación de la industria de la gestación por sustitución a efectos de reducir las violaciones de los

<sup>43</sup> Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21.

<sup>44</sup> *Ibid.*, art. 21 d), Convenio de La Haya de 1993, arts. 4 c) 3), 8 y 32, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Note on the financial aspects of intercountry adoption” (2014), disponible en <https://www.hcch.net/en/publications-and-studies/details4/?pid=6310>.

<sup>45</sup> Véanse el Convenio de La Haya de 1993, art. 4, y Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13.

<sup>46</sup> Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 20 y 21, el Convenio de La Haya de 1993 y A/HRC/34/55.

<sup>47</sup> Véase [https://www.americanbar.org/about\\_the\\_aba.html](https://www.americanbar.org/about_the_aba.html).

<sup>48</sup> Véase el informe y la resolución de la American Bar Association. Cabe señalar que la Asociación no representa al Gobierno de los Estados Unidos, donde coexisten jurisdicciones permisivas y prohibicionistas. Véase Joslin, nota 7.

<sup>49</sup> Informe de la American Bar Association, pág. 9.

<sup>50</sup> *Ibid.*, pág. 11.

<sup>51</sup> *Ibid.*, págs. 15 y 16.

<sup>52</sup> *Ibid.*, págs. 4, 17 y 18.

<sup>53</sup> *Ibid.*, págs. 20 y 21.

<sup>54</sup> *Ibid.*, pág. 20.

<sup>55</sup> *Ibid.*, págs. 21 y 22.

<sup>56</sup> *Ibid.*, pág. 15.

<sup>57</sup> *Ibid.*, págs. 4 y 5.

<sup>58</sup> *Ibid.*, pág. 14.

<sup>59</sup> *Ibid.*, pág. 1.

derechos humanos”<sup>60</sup>. De adoptarse esta posición se verán anulados los beneficios derivados de la elaboración de normativa sobre los derechos del niño en el ámbito de la adopción y aparecerá una nueva generación de violaciones de los derechos humanos.

28. Son considerables las diferencias entre la adopción y la gestación por sustitución, y no todas las normas aplicables a la adopción son extensibles a la gestación por sustitución. No obstante, son aplicables a ambas determinados principios de derechos humanos, como la prohibición de la venta de niños<sup>61</sup>, el interés superior del niño como consideración primordial<sup>62</sup>, la inexistencia del derecho a tener un hijo<sup>63</sup>, regulaciones y limitaciones estrictas en relación con las transacciones financieras<sup>64</sup>, los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales<sup>65</sup> y las protecciones frente a la explotación<sup>66</sup>. El presente informe se centra en la necesidad de mantener estas normas de derechos humanos frente a las presiones derivadas de la práctica a gran escala de una gestación por sustitución de carácter comercial basada en el mercado y en contratos.

### C. Prácticas abusivas en los sistemas de gestación por sustitución

29. Están bien documentadas las prácticas abusivas en el contexto de la gestación por sustitución. Ejemplos de ello son el empleo de madres de alquiler de la India y Tailandia por delincuentes de Australia e Israel condenados por delitos sexuales<sup>67</sup>, el empleo por un hombre japonés adinerado de 11 madres de alquiler que dieron a luz a 16 niños en Tailandia y la India<sup>68</sup>, el abandono de un recién nacido con discapacidad gestado en un vientre de alquiler en Tailandia<sup>69</sup> y el abandono o venta de recién nacidos “sobrantes” gestados en vientres de alquiler y nacidos en partos de mellizos en la India<sup>70</sup>. Las redes comerciales de gestación por sustitución trasladan a madres de alquiler de un país a otro, a veces cuando están embarazadas, para eludir la legislación nacional; en un caso, las autoridades tailandesas descubrieron y liberaron a 15 mujeres vietnamitas, a raíz de lo cual se presentaron cargos por trata de personas en el contexto de un plan de criadero de bebés<sup>71</sup>.

30. Gran parte de estos abusos tienen lugar en contextos no regulados, a menudo en casos en que aspirantes a progenitor de países occidentales emplean intermediarios con ánimo de lucro para contratar a madres de alquiler vulnerables de países en desarrollo<sup>72</sup>. Sin

<sup>60</sup> *Ibid.*, pág. 7.

<sup>61</sup> Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 35, y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

<sup>62</sup> Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3 y 21.

<sup>63</sup> Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child* (1995).

<sup>64</sup> Véanse la Convención sobre los Derechos del Niño, art. 21 d), el Convenio de La Haya de 1993, arts. 4 c) 3), 8 y 32, y Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “Note on the financial aspects of intercountry adoption”.

<sup>65</sup> Véase la Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 7, 8 y 9.

<sup>66</sup> *Ibid.*, art. 35, Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y Protocolo para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional de 2000.

<sup>67</sup> Véanse, por ejemplo, [www.geneticsandsociety.org/article.php?id=6933](http://www.geneticsandsociety.org/article.php?id=6933), [www.abc.net.au/news/2014-08-06/baby-gammys-father-convicted-on-more-than-20-child-sex-charges/5653502](http://www.abc.net.au/news/2014-08-06/baby-gammys-father-convicted-on-more-than-20-child-sex-charges/5653502) y [2016] FCWA 17, disponible en [www.familycourt.wa.gov.au/\\_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf](http://www.familycourt.wa.gov.au/_files/Publications/2016FCWA17anon.pdf).

<sup>68</sup> Véase Samantha Hawley, “Japanese man fathers 16th baby via surrogate in Thailand”, 9 de septiembre de 2014, disponible en [www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856](http://www.abc.net.au/news/2014-09-10/japanese-surrogacy-man-has-another-baby/5732856).

<sup>69</sup> Véase [2016] FCWA 17, en la anterior nota 67.

<sup>70</sup> Véanse, por ejemplo, [www.bionews.org.uk/page\\_460525.asp](http://www.bionews.org.uk/page_460525.asp) y <http://nymag.com/thecut/2015/03/dark-side-of-international-surrogacy.html>.

<sup>71</sup> Véanse <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm> y [www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business](http://www.scmp.com/week-asia/society/article/2096675/how-asias-surrogate-mothers-became-cross-border-business).

<sup>72</sup> Véanse las fuentes citadas antes en las notas 67 a 71.

embargo, también se registran prácticas abusivas en jurisdicciones donde la gestación por sustitución de carácter comercial presuntamente está bien regulada. Por ejemplo, se declaró culpables a dos destacados abogados en el ámbito de la gestación por sustitución integrantes de una red de venta de recién nacidos en California, que es un centro de contratos internacionales de maternidad subrogada<sup>73</sup>. Según autoridades gubernamentales, una destacada abogada en el ámbito de la gestación por sustitución admitió que “ella y sus cómplices hicieron uso de portadoras gestantes para crear un inventario de niños no nacidos que venderían a razón de más de 100.000 dólares cada uno”<sup>74</sup>. La abogada condenada dijo a los medios de comunicación locales que, por lo que se refiere a las prácticas abusivas, su caso era “la punta del iceberg” en una “industria corrupta que movía miles de millones de dólares”<sup>75</sup>.

31. En otra causa de California, *Cook c. Harding*<sup>76</sup>, se señalan las omisiones regulatorias intencionadas de una jurisdicción donde está regulada la gestación por sustitución de carácter comercial: “El estatuto no impone condiciones con respecto a quién puede ejercer de madre de alquiler (aparte de exigir que la interfecta no guarde relación genética con los fetos) o a quién puede solicitar los servicios de una portadora gestante. ... No se exigen niveles mínimos de ingresos, inteligencia, edad o capacidad en relación con la madre de alquiler o con el aspirante o aspirantes a progenitor”<sup>77</sup>.

32. En la causa *Cook* la agencia de gestación por sustitución puso en contacto a una madre de alquiler de 47 años de edad con un aspirante a padre soltero de 50 años de edad. Se implantaron tres embriones a raíz de los cuales la mujer quedó embarazada de trillizos. Surgieron conflictos cuando el aspirante a padre puso reparos al pago de los costos de un embarazo de trillizos de alto riesgo y exigió un aborto selectivo con fines de reducción. En el contrato de gestación por sustitución figuraba una disposición común en el sentido de que las decisiones en materia de aborto selectivo con fines de reducción incumbirían al aspirante a progenitor. La madre de alquiler se negó a que se le practicara ese tipo de aborto<sup>78</sup>. Por ello, “el abogado de C. M. informó a Cook de que, de negarse a practicar el aborto con fines de reducción, incumplía el contrato, por lo que se le podía exigir una indemnización monetaria”<sup>79</sup>. También se sostiene que puede exigirse a las madres de alquiler que se niegan a someterse a abortos selectivos con fines de reducción una indemnización monetaria que incluiría “el costo del tratamiento médico de todo niño que nazca”<sup>80</sup>.

33. Así pues, en algunas jurisdicciones la regulación de la gestación por sustitución está pensada para garantizar el cumplimiento de los contratos, entregar los niños a los aspirantes a progenitor, mantener los beneficios de la industria y rechazar intencionadamente la mayor parte de las protecciones de las que son merecedores los niños o las madres de alquiler. Estos tipos de modelos de carácter contractual desembocan en prácticas abusivas sistémicas. De hecho, estos regímenes jurídicos de carácter contractual desembocan en venta de niños en tanto incluyen los tipos de determinación de la patria potestad antes del parto que, según advierte el Comité de los Derechos del Niño, pueden dar lugar a venta de niños<sup>81</sup>.

<sup>73</sup> Smolin, “Surrogacy as sale of children”, págs. 328 a 330.

<sup>74</sup> Buró Federal de Investigaciones, “Baby-selling ring busted”, disponible en <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>.

<sup>75</sup> Rory Devine y R. Stickney, “Convicted surrogacy attorney”, disponible en [www.nbcsandiego.com/news/local/Theresa-Erickson-Surrogacy-Abuse-Selling-Babies-140942313.html](http://www.nbcsandiego.com/news/local/Theresa-Erickson-Surrogacy-Abuse-Selling-Babies-140942313.html).

<sup>76</sup> Véase <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>.

<sup>77</sup> *Ibid.*, pág. 6.

<sup>78</sup> Véanse <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order> y Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”, disponible en <http://blogs.harvard.edu/billofhealth/2016/06/07/surrogacy-contracts-abortion-conditions-and-parenting-licenses-in-the-curious-case-of-cook-v-harding/>.

<sup>79</sup> Véase <https://www.scribd.com/document/315077548/Cook-v-Harding-Dismissal-Order>, pág. 8.

<sup>80</sup> Dov Fox, “Surrogacy contracts, abortion conditions, and parenting licenses”.

<sup>81</sup> Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

## D. Marco jurídico internacional

34. En el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño se afirma que “Los Estados partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Cabe destacar la expresión “para cualquier fin o en cualquier forma”; la gestación por sustitución no supone una excepción a lo que prohíbe el artículo. No debe constituirse una familia mediante “el secuestro, la venta o la trata de niños”.

35. La prohibición de la venta de niños aparece claramente enunciada en el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. En el artículo 2 a) del Protocolo Facultativo se define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. La Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía parten de la premisa de que la venta de niños es en sí misma un perjuicio grave y una violación de los derechos humanos, sin que sea necesario demostrar la violación de ningún otro derecho de conformidad con la Convención, como la explotación sexual o laboral<sup>82</sup>.

36. En el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 se confirma que las prohibiciones enunciadas en el artículo 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño y el artículo 1 del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía son aplicables a los métodos de constitución de familias (como la adopción internacional), al afirmarse en su artículo 1 que “La finalidad del presente Convenio será la siguiente: ... instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños”.

37. La Convención sobre los Derechos del Niño da cabida a una diversidad de políticas estatales permisibles en materia de adopción nacional e internacional; de ahí que algunos Estados consideren que la adopción nacional y la internacional son métodos positivos de constitución de familias, mientras que otros no prevén ni la una ni la otra en su legislación nacional<sup>83</sup>. El Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 deja claro que, con independencia de esas diferencias de política, los Estados deben crear salvaguardias para impedir el recurso al secuestro, la venta o la trata de niños para constituir familias. Este principio también es aplicable a la gestación por sustitución. A ese respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha examinado de forma sistemática a los Estados afectados por la gestación por sustitución afirmando que, de no regularse debidamente, esta práctica puede equivaler a venta de niños<sup>84</sup>. Así pues, los Estados, independientemente de su posición en materia de gestación por sustitución, deben prohibir el secuestro, la venta o la trata de niños en el contexto de esta práctica y adoptar medidas para impedir que ello ocurra.

## E. Definición de gestación por sustitución de carácter comercial

38. Una definición de gestación por sustitución de carácter comercial, conocida también como gestación por sustitución “con ánimo de lucro” o “remunerada”, se centra en la

<sup>82</sup> John W. Tobin, “To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy?”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2 (2014), University of Melbourne Legal Studies research paper núm. 689, págs. 18 a 21 y 24 a 27, disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2476751](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2476751).

<sup>83</sup> Véanse el Convenio de La Haya de 1993, art. 21, y *Child Adoption: Trends and Policies*, publicación de las Naciones Unidas disponible en [www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child\\_adoption.pdf](http://www.un.org/esa/population/publications/adoption2010/child_adoption.pdf).

<sup>84</sup> Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

relación contractual y transaccional, en lugar de gratuita, entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler. De ahí que exista gestación por sustitución de carácter comercial cuando la madre de alquiler convenga en prestar servicios de gestación y/o en trasladar jurídica y físicamente al niño a cambio de una remuneración o una retribución de otro tipo.

39. La gestación por sustitución de carácter comercial comprende asimismo un “reembolso” que va más allá de los gastos razonables y detallados directamente resultantes del contrato de maternidad subrogada<sup>85</sup>. De ello cabe inferir que los pagos correspondientes a “gastos” no razonables y no detallados constituyen un pago encubierto por servicios de gestación o por traslado del niño.

40. La participación de intermediarios con ánimo de lucro es otro indicio de gestación por sustitución de carácter comercial. A efectos del presente informe, se entienden por intermediarios las partes (personas u organizaciones o instituciones) que ponen en contacto a los aspirantes a progenitor y las madres de alquiler o median en el contrato de maternidad subrogada vigente, entre ellas los dispensarios, los profesionales de la salud, los abogados, las agencias de gestación por sustitución o los “corredores”. Los profesionales de la salud o los dispensarios y los abogados que reciben una remuneración razonable por servicios profesionales ligados a la gestación por sustitución no son obligatoriamente intermediarios, siempre que no desempeñen funciones de establecimiento de la relación entre los aspirantes a progenitor y la madre de alquiler y mediación en ella. Esta definición complementaria de gestación por sustitución de carácter comercial es necesaria porque los intermediarios suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala.

## **F. La gestación por sustitución y la venta de niños**

41. La gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos. Como se indicará a continuación en la sección IV, puede que la gestación por sustitución de carácter comercial no constituya venta de niños si se regula estrictamente a la luz de la normativa de los derechos humanos internacionales y de forma opuesta a lo que impera en muchos regímenes comerciales de gestación por sustitución. La gestación por sustitución de carácter altruista también debe regularse debidamente para evitar la venta de niños (véase a continuación la sección III.G.8).

42. Conforme al artículo 2 a) del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, los contratos de maternidad subrogada constituyen venta de niños siempre que la madre de alquiler o un tercero reciban “remuneración o cualquier otra retribución” a cambio de trasladar al niño. La definición de venta de niños consta de tres elementos: a) “remuneración o cualquier otra retribución” (pago); b) el traslado del niño (traslado); y c) el intercambio de “a)” por “b)” (pago por el traslado).

### **1. Primer elemento: remuneración o cualquier otra retribución (pago)**

43. Por definición, la obtención o promesa de “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) forma parte de todos los contratos comerciales de maternidad subrogada. En vista de que toda promesa de un futuro pago constituye “cualquier otra retribución”, el elemento queda establecido antes de que se efectúen los pagos. La cuestión del pago en la gestación por sustitución de carácter altruista se trata más abajo en la sección III.G.8.

<sup>85</sup> Véase Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, “A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements”.

## 2. Segundo elemento: el traslado del niño (traslado)

44. El traslado de un niño puede ser de carácter jurídico o físico. El traslado jurídico del niño comportaría el traslado de la patria potestad o la responsabilidad paterna<sup>86</sup>. El traslado físico sería el acto de entrega física de un niño por una persona o un grupo de personas a otra persona o grupo de personas. Para el traslado físico de un niño no hace falta el traslado jurídico. El concepto de venta de niños no obliga a que quien realiza el traslado tenga la patria potestad o la responsabilidad parental legal. Un traficante vende ilícitamente un niño en virtud de su traslado físico a cambio de “remuneración o cualquier otra retribución”, incluso aunque el control que ejerce sobre el niño sea ilegal.

45. El traslado jurídico de un niño tiene lugar o se promete en contratos de maternidad subrogada. Por lo general, el derecho interno de todos los Estados concede la patria potestad y la responsabilidad paterna a las madres que dan a luz. De hecho, se trata de un requisito prescrito en el Convenio de La Haya relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993, incluso cuando está prevista la adopción internacional<sup>87</sup>. La condición de progenitora de una madre de alquiler aparece reconocida por lo general en los contratos tradicionales de maternidad subrogada, al tratarse de la madre genética y gestante. De ahí que sea necesario el traslado para que los aspirantes a progenitor obtengan la patria potestad.

46. La situación es más compleja en el caso de la gestación por sustitución. Al no haber jurisdicciones que, por lo general, exijan a las madres que dan a luz pruebas de conexión genética para determinar la patria potestad, la falta de conexión genética no es obstáculo a la obtención de la patria potestad. De hecho, los defensores de la gestación por sustitución no consideran que la falta de conexión genética sea obstáculo a la asignación de la patria potestad a unos aspirantes a progenitor, y algunos regímenes de gestación por sustitución ni siquiera exigen que uno de los aspirantes a progenitor tenga una relación genética<sup>88</sup>.

47. No obstante, algunas jurisdicciones en el ámbito de la gestación por sustitución han establecido normas jurídicas en virtud de las cuales las madres de alquiler gestantes, a las que suelen denominar “portadoras gestantes”, “portadoras por sustitución” o “gestantes de alquiler”, pierden la patria potestad antes del parto en virtud de un contrato suscrito antes del traslado del embrión<sup>89</sup>. En virtud de esa legislación, un contrato válido de maternidad subrogada hace efectivo el traslado del niño, ya sea por ministerio de la ley, ya por la actuación de un tribunal u otra autoridad competente antes o después del parto, de tal modo que dicho tribunal o autoridad competente está obligado a ejecutar el traslado siempre que el contrato en sí cumpla determinadas normas mínimas<sup>90</sup>. En ese sentido, es el contrato de gestación por sustitución y no el mero hecho de no existir relación genética lo que en estas jurisdicciones reguladoras de la gestación por sustitución convierte a la madre de alquiler en una “portadora gestante” que no guarda relación con el niño<sup>91</sup>. En esas circunstancias, el propio contrato de gestación por sustitución prevé el traslado jurídico de la patria potestad o, como mínimo, una inclinación esencial e irreversible en ese sentido. Al firmar un contrato de gestación por sustitución, la madre de alquiler toma parte en el traslado jurídico del niño. Al respecto, en *Johnson c. Calvert* el Tribunal Supremo de California indicó expresamente que la madre de alquiler había “renunciado por contrato a todo derecho sobre el niño”<sup>92</sup>.

48. Además, los contratos de gestación por sustitución incluyen de forma explícita o implícita el compromiso de la madre de alquiler de cooperar en los procedimientos judiciales dirigidos a garantizar que ella y su cónyuge (si procede) renuncien a la patria potestad y la responsabilidad paterna y que ambas atribuciones correspondan legalmente a

<sup>86</sup> La expresión “responsabilidad paterna” se basa en la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 18) e incluye el término “custodia”, que se usa en algunas jurisdicciones.

<sup>87</sup> Véase el Convenio de La Haya de 1993, art. 4 c) 4).

<sup>88</sup> Véanse el informe de la American Bar Association y el Código de Familia de California, arts. 7960 a 7962.

<sup>89</sup> Véase Joslin, págs. 3 a 6 (en los Estados Unidos: California, Maine y New Hampshire).

<sup>90</sup> *Ibid.*

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> 851 P.2d (1993), pág. 776 y págs. 781 y 782.

los aspirantes a progenitor<sup>93</sup>. En algunas jurisdicciones se procede al traslado antes del parto en virtud de medidas adoptadas por los tribunales u otras autoridades competentes que aprueban el contrato de maternidad subrogada<sup>94</sup>. También en este caso la actuación de la madre de alquiler antes del parto facilita la concesión de la patria potestad a los aspirantes a progenitor. En consecuencia, en los contratos de maternidad subrogada suele establecerse el traslado jurídico efectivo del niño o la correspondiente promesa de ello. Los sistemas jurídicos que establecen el traslado antes del parto no obstan a que exista un traslado jurídico.

49. En los contratos de maternidad subrogada también se establece el traslado jurídico efectivo del niño de la madre de alquiler al aspirante o aspirantes a progenitor o la correspondiente promesa de ello. De hecho, en algunos contratos de este tipo se pretende limitar, por contrato o físicamente, la libertad de circulación de la madre de alquiler a fin de garantizar al aspirante o aspirantes a progenitor el control del niño en el momento del nacimiento<sup>95</sup>. De forma explícita o implícita, en los contratos de maternidad subrogada la madre de alquiler se compromete a trasladar físicamente al niño que nazca al aspirante o aspirantes a progenitor.

### 3. Tercer elemento: el intercambio (pago por el traslado)

50. El tercer y último elemento necesario en los casos de venta de niños es la preposición “por”, que hace referencia a un intercambio: la “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) debe realizarse “por” el traslado del niño.

51. Los contratos comerciales de maternidad subrogada suelen presentar este elemento de intercambio entre el pago y el traslado. En ellos, el traslado efectivo o promesa de traslado del niño es por lo general el aspecto central del contrato y de los acuerdos y estipulaciones conexos, de modo que en su ausencia no se realizarían ni prometerían pagos. Aunque una madre de alquiler se haya quedado embarazada, haya pasado por el embarazo y haya dado a luz, no se considerará que ha cumplido sus promesas y sus obligaciones contractuales si se ha negado a participar en el traslado jurídico y físico del niño al aspirante o aspirantes a progenitor. Aunque en los contratos comerciales o remunerados de maternidad subrogada se paga a la madre de alquiler por los servicios de gestación y parto de un niño, también se le paga por que lo traslade. La legislación y la práctica de la gestación por sustitución de carácter comercial que obligan a dar cumplimiento al contrato de gestación subrogada, en particular por lo que se refiere al traslado de la patria potestad y la responsabilidad paterna<sup>96</sup>, dejan todavía más claro que el traslado es un componente central del contrato y forma parte de la retribución que percibe la madre de alquiler. Así pues, conforme a la práctica actual el tercer elemento del intercambio se cumple en la mayor parte de los contratos comerciales de maternidad subrogada.

## G. La venta de niños en determinados contextos

### 1. La venta de niños y el momento de la contratación

52. En California los contratos comerciales de gestación por sustitución suscritos durante el embarazo se consideran venta de niños, a diferencia de los de ese mismo tipo que se firman antes de que se traslade el embrión<sup>97</sup>.

53. Si la distinción se funda en la teoría de que no puede venderse un ser humano que no existe y que todavía no está sujeto a custodia, según esa misma teoría podría venderse legalmente a niños recién nacidos con fines de adopción siempre que el contrato o la declaración de renuncia se firmaran antes del embarazo, con lo cual quedarían legalizados los planes de criadero de bebés. En el mundo comercial es habitual hacer pedidos de bienes

<sup>93</sup> *Ibid.*, pág. 778.

<sup>94</sup> Véase Joslin.

<sup>95</sup> Deborah Forman, “Abortion clauses in surrogacy contracts”, *Family Law Quarterly*, vol. 49 (2015), pág. 29; y véase <https://www.pri.org/stories/2011-03-18/underworld-upending-asian-baby-farm>.

<sup>96</sup> Véase Joslin, págs. 3 y 4.

<sup>97</sup> Véanse las notas 74 a 76.

antes de su producción; la extrapolación de esas prácticas a la adquisición de seres humanos contraviene claramente el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. De hecho, en un conocido caso de gestación por sustitución la concertación del contrato antes de la concepción se consideró indicio de violación de una ley local que prohibía la venta de niños<sup>98</sup>.

## 2. La venta de niños y de la patria potestad en el momento del parto

54. En algunas jurisdicciones se denomina legalmente a una madre de alquiler sin vínculo genético como mera “portadora gestante”. Si se concierta un acuerdo válido antes del traslado de los embriones, no se considera legalmente que la “portadora gestante” sea la madre del niño en el momento del parto. Se aplican procedimientos previos al parto de modo que el aspirante o aspirantes a progenitor contratantes aparezcan como únicos progenitores en la partida de nacimiento original, con independencia de si guardan o no vinculación genética con el niño. Los partidarios de este tipo de enfoque sostienen que en este contexto jurídico no tiene lugar venta de niños en ningún sentido, ni siquiera en caso de gestación por sustitución de carácter comercial, pues la “portadora gestante” no puede trasladar a un niño que nunca ha sido su hijo<sup>99</sup>. La afirmación analizada antes en la sección III.G.1 en el sentido de que el momento de concertación del contrato elude la prohibición de la venta de niños suele aducirse como complemento de este argumento.

55. Esta perspectiva parte de la controvertida premisa de que una mujer que gesta y da a luz a un niño no es más madre de lo que lo es alguien que se dedica a cuidar niños<sup>100</sup>. También parte del supuesto de que la madre de alquiler gestante no es nunca madre, pues no tiene vinculación genética con el niño, lo cual se contradice con la práctica de conceder la patria potestad a aspirantes a padres que tampoco tienen vinculación genética<sup>101</sup>.

56. Sin embargo, aun aceptando ese tipo de premisas controvertidas e incoherencias, en algunas jurisdicciones donde se acepta la gestación por sustitución de carácter comercial el contrato suscrito es el principal factor que determina la patria potestad<sup>102</sup>. De ahí que en el contrato de gestación por sustitución se indique de forma explícita e implícita el traslado de la patria potestad y que el traslado sea normalmente parte central de la retribución que percibe legalmente la madre de alquiler. Además, se paga a esta para que dé a luz en un lugar al que tengan acceso los aspirantes a progenitor y para que entregue físicamente al niño tras el parto; como se señalaba antes, de conformidad con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, el traslado puede existir aunque quien lo realiza carezca de patria potestad o responsabilidad parental.

57. La ficción jurídica de la portadora gestante despojada de la mera posibilidad de ser madre es un concepto que se emplea para justificar la denegación de los derechos de la madre de alquiler. Desde el momento en que la madre de alquiler queda reducida durante el embarazo a la condición de portadora gestante, sin posibilidad de ser madre, que actúa en beneficio de aspirantes a progenitor, se abre la puerta a la exigencia de que se cumplan contratos dirigidos a alienar sus derechos y libertades (como el derecho a la salud y el derecho a la libertad de circulación)<sup>103</sup>.

## 3. La venta de niños y la patria potestad exclusiva

58. Algunos sostienen que un aspirante a progenitor no puede comprar a “su propio” hijo. Sin embargo, como mínimo paga por la exclusividad a fin de no tener que compartir con la madre de alquiler la patria potestad y la responsabilidad paterna. Para conseguir esta

<sup>98</sup> *Baby M.*, 537 A.2d, pág. 1227 (específicamente: pág. 1240) (Tribunal Supremo de Nueva Jersey, 1988).

<sup>99</sup> Véanse Joslin y Smolin, págs. 311 a 315.

<sup>100</sup> Steven Snyder, “Reproductive surrogacy in the United States of America”, *Handbook of Gestational Surrogacy* (2016), págs. 276 a 278.

<sup>101</sup> Informe de la American Bar Association, págs. 1, 5, 15 y 17.

<sup>102</sup> Véanse Joslin y *Johnson c. Calvert*.

<sup>103</sup> Véanse Joslin y *New Hampshire Revised Statutes Annotated*, seccs. 168-B:10, B:11 y B:12 (2014).

exclusividad, el aspirante o aspirantes a progenitor pagan a la madre de alquiler con el objeto de que ceda y traslade la patria potestad y la responsabilidad paterna y de que traslade físicamente al niño.

59. También está viciada la premisa de que el niño es automáticamente hijo del aspirante o aspirantes a progenitor. El contrato o el acuerdo suelen servir de base para determinar la patria potestad en las jurisdicciones donde está aceptada la gestación por sustitución de carácter comercial y se indica el traslado en el contrato de forma explícita o implícita, como se señalaba antes en la sección III.F.

#### **4. La venta de niños y la venta de servicios**

60. Algunos sostienen que la gestación por sustitución de carácter comercial equivale sin más a una venta de “servicios” de gestación y no a una venta de niños. Aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluye la venta de servicios de gestación en la medida en que la madre de alquiler conviene en someterse a inseminación artificial o a traslado de embriones para gestar y dar a luz al niño, en su modalidad habitual también consta del pago a cambio del traslado jurídico y físico del niño. Por lo general, las disposiciones relativas al traslado del niño conforman la esencia del acuerdo, hasta el punto de que en su ausencia los aspirantes a progenitor nunca lo concertarían ni pagarían a la madre de alquiler. De ahí que, aunque la gestación por sustitución de carácter comercial incluya la venta de servicios, también suele incluir la venta del niño.

61. Algunos procuran eludir la prohibición de la venta de niños incorporando en los acuerdos de gestación subrogada una disposición en la que se afirma en esencia que las partes convienen en que todos los pagos se refieren a los servicios prestados y en ningún caso al traslado o venta del niño. Sin embargo, la prohibición de la venta de niños no puede eludirse mediante contratos que cambian arbitrariamente la denominación de venta de niños por otra cosa cuando, en esencia, el contrato prevé la venta de niños.

#### **5. La venta de niños y los intermediarios**

62. Los intermediarios, que suelen ser los responsables de crear los mercados de gestación por sustitución y de participar en ellos, son normalmente quienes perciben las mayores ganancias. Cuando las interacciones entre el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler constituyen venta de niños, los intermediarios son normalmente cómplices, por lo que recae en ellos responsabilidad jurídica a la luz de su papel de intermediarios en el establecimiento de la relación entre los aspirantes y la madre de alquiler y de su mediación en ella. Los enjuiciamientos por venta de niños en un contexto de gestación por sustitución deberán centrarse principalmente en los intermediarios y, de no darse circunstancias excepcionales, no recaer en las madres de alquiler, a quienes cabe a menudo considerar víctimas explotadas.

63. Los intermediarios que se encargan del traslado físico o jurídico del niño a los aspirantes a progenitor a cambio de “remuneración o cualquier otra retribución” son directamente responsables de la venta del niño. Algunos intermediarios ejercen un control físico o jurídico extraordinario sobre la madre de alquiler, así como control directo sobre el niño nacido de una madre de alquiler. En esos casos, puede que el intermediario sea el principal responsable del traslado del niño, por lo cual puede achacársele directamente la venta del niño cuando proceda.

#### **6. La venta de niños y el rechazo del “derecho a tener un hijo”**

64. Los instrumentos internacionales y regionales de derechos humanos protegen el derecho a “fundar una familia” o el derecho al “respeto de la vida privada y familiar”<sup>104</sup>. La expresión “derecho a procrear” se emplea en algunos sistemas jurídicos nacionales, pero no aparece en los instrumentos internacionales de derechos humanos. Partiendo de este orden de argumentos, a veces se sostiene que todos los adultos tienen derecho a crear una familia

<sup>104</sup> Véanse, por ejemplo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, art. 23, párr. 2, el Convenio Europeo de Derechos Humanos, art. 8, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 17, párr. 2.

y criar hijos. Sin embargo, se reconoce que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”<sup>105</sup>. Un hijo no es un bien o un servicio que el Estado pueda garantizar o suministrar, sino un ser humano titular de derechos. De ahí que ofrecer un “derecho a tener un hijo” suponga una denegación fundamental de los derechos humanos del niño en condiciones de igualdad. Debe resistirse con firmeza el enfoque basado en el “derecho a tener un hijo”, pues se opone a la premisa fundamental de que los niños son personas con derechos humanos.

65. Por lo general, quienes defienden la gestación por sustitución de carácter comercial no están pidiendo al Estado que respete su “intimidad” en el sentido de dejarlos solos para que su vida privada y familiar discurra sin injerencia estatal. Al contrario, se proponen convencer al Estado para que vele por el cumplimiento de los contratos de gestación por sustitución de maneras que desposeen a los niños del derecho a protecciones fundadas en su interés superior y de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales, al tiempo que privan a las madres de alquiler del ejercicio de la patria potestad y de autonomía en relación con las decisiones sobre la atención médica. Tales defensores aspiran a obtener, y a veces obtienen, legislación que empodera a los intermediarios y a los aspirantes a progenitor a expensas de los niños y las madres de alquiler<sup>106</sup>. Además, las complejas redes de contratos e intermediarios bien remunerados y las transacciones financieras que suelen formar parte de los contratos comerciales de maternidad subrogada no son el tipo de cuestión que se considera inmune a la regulación.

## 7. La venta de niños y el papel de la regulación

66. Algunos convienen a veces en que la gestación por sustitución no regulada puede desembocar en venta de niños, pero sostienen que no ocurre así en el caso de los sistemas comerciales de gestación por sustitución bien regulados. Igualmente, algunos tal vez señalen que los sistemas comerciales de gestación por sustitución presuntamente bien regulados que existen en los países desarrollados prescinden de la venta de niños, si bien a menudo no puede decirse lo mismo de los sistemas comerciales internacionales de gestación por sustitución habituales en países en desarrollo<sup>107</sup>.

67. Es cierto que los sistemas comerciales no regulados de gestación por sustitución a menudo comportan venta de niños y están sujetos a prácticas abusivas y violaciones de derechos. En ese sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha advertido en particular de que la gestación por sustitución, “de no regularse con claridad, equivale a venta de niños”<sup>108</sup>.

68. Sin embargo, no es cierto que los sistemas comerciales regulados de gestación por sustitución prescindan de la venta de niños. Así, en 2017 el Comité de los Derechos del Niño señaló en relación con los Estados Unidos que “al Comité le preocupa que la utilización comercial de la subrogación, muy frecuente en el Estado parte, pueda dar lugar... a la venta de niños. Preocupan especialmente al Comité las situaciones en que se deciden cuestiones de filiación exclusivamente sobre una base contractual antes de la concepción o del parto”<sup>109</sup>. La preocupación del Comité es directamente aplicable a las jurisdicciones de los Estados Unidos donde se acepta la gestación por sustitución regulada de carácter comercial, caracterizadas en general por la promulgación de legislación que obliga a cumplir los contratos comerciales de gestación por sustitución y considera que estos contratos determinan la patria potestad<sup>110</sup>.

<sup>105</sup> Véanse, por ejemplo, Saclier, “Children and adoption”, págs. 12 y 13, y Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*.

<sup>106</sup> Véanse las anteriores notas 47 a 60 y 75 a 80.

<sup>107</sup> Véase, por ejemplo, Snyder, pág. 284.

<sup>108</sup> Véanse CRC/C/OPSC/USA/CO/2, párr. 29, CRC/C/IND/CO/3-4, párr. 57 d), CRC/C/MEX/CO/4-5, párr. 69 b), CRC/C/OPSC/USA/CO/3-4, párr. 24, y CRC/C/OPSC/ISR/CO/1, párr. 28.

<sup>109</sup> *Ibid.*

<sup>110</sup> Véase Joslin.

## 8. La venta de niños y la gestación por sustitución de carácter altruista

69. En teoría, una gestación por sustitución de carácter verdaderamente “altruista” no constituye venta de niños, pues se entiende como acto gratuito, a menudo entre familiares o amigos que tenían una relación previa, sin que a menudo participen intermediarios. De ahí que, en teoría, la gestación por sustitución de carácter altruista no suponga un pago a cambio de servicios o del traslado de un niño sobre la base de una relación contractual. Sin embargo, puede que el desarrollo de sistemas organizados de gestación por sustitución calificados de “altruistas”, que a menudo reportan considerables reembolsos a las madres de alquiler y cuantiosos pagos a los intermediarios, desdibuje la distinción entre la gestación por sustitución de carácter comercial y la de carácter altruista. En consecuencia, calificando de “altruistas” determinados contratos de maternidad subrogada o sistemas de gestación por sustitución no se elude automáticamente el alcance del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, siendo preciso regular debidamente la variedad altruista para impedir la venta de niños. Los tribunales y otras autoridades competentes deben exigir que todos los “reembolsos” a las madres de alquiler sean razonables y estén detallados, pues de lo contrario podrían ser pagos encubiertos por el traslado del niño. Cabe considerar que los pagos a intermediarios con ánimo de lucro o sin él son indicio de gestación por sustitución de carácter comercial, por lo que deben ser razonables y estar detallados. El riesgo es especialmente alto cuando se efectúan reembolsos o pagos considerables en función de categorías genéricas como “sufrimientos morales” o “servicios profesionales”.

## 9. La venta de niños y el reconocimiento de los casos de gestación por sustitución en el extranjero

70. Los Estados que prohíben la gestación por sustitución de todo tipo o la de carácter comercial a menudo se encuentran en una situación en que sus nacionales eluden la legislación interna practicando la gestación por sustitución en el extranjero antes de tratar de traer al niño a su país de origen. La gestación por sustitución de ámbito transfronterizo suele ser casi siempre una variedad comercial organizada por intermediarios con ánimo de lucro que tiene lugar en jurisdicciones donde está permitida la práctica en su vertiente comercial. El Estado de los aspirantes a progenitor no debe dar por hecho que esas modalidades de gestación por sustitución son altruistas. En vista del riesgo de venta de niños en las modalidades regulada y no regulada, los Estados no deberían reconocer automáticamente las órdenes de patria potestad o las partidas de nacimiento cursadas por Estados extranjeros en relación con modalidades comerciales de gestación por sustitución, sino examinar detenidamente el procedimiento tramitado en el extranjero. El Estado de los aspirantes a progenitor se encarga de realizar determinaciones del interés superior después del parto, proteger los derechos del niño de identidad y de acceso a los orígenes personales y efectuar evaluaciones independientes de la patria potestad, así como de indagar sobre el tratamiento dispensado a la madre de alquiler y su consentimiento con posterioridad al parto. El Estado de los aspirantes a progenitor solo debe concederles la patria potestad y la responsabilidad paterna al término de esas evaluaciones sobre la base del interés superior del niño. No debe castigarse ni discriminarse al niño por las circunstancias en que nació, y han de protegerse los derechos de los niños nacidos de vientres de alquiler<sup>111</sup>. Corresponde a los Estados interesados, que son el de los aspirantes a progenitor y el Estado en que nace el niño, velar por que no se produzca apatridia.

## 10. La venta de niños y las renunciaciones con posterioridad al parto

71. El requisito de que la madre de alquiler tenga la patria potestad y la responsabilidad parental sin carácter exclusivo en el momento del parto se deriva de la norma de prohibición de la venta de niños y protege los derechos de la madre de alquiler. No obstante, cuando después del parto la madre de alquiler no desee conservar la patria potestad o la responsabilidad parental, el interés superior del niño exige que exista un mecanismo jurídico para poder trasladar al niño. Incumbe a todos los Estados establecer ese

<sup>111</sup> Véanse los casos citados en la anterior nota 32.

tipo de mecanismo en los contratos de maternidad subrogada en relación con el traslado del niño después del parto, aunque no permitan de otro modo que los progenitores renuncien a sus hijos o cedan la patria potestad.

## IV. Conclusiones y recomendaciones

### A. Conclusiones

72. La gestación por sustitución de carácter comercial podría llevarse a cabo sin que constituyera venta de niños si quedara claro que solo se paga a la madre de alquiler por los servicios de gestación y no por el traslado del niño. Para que esto se convierta en algo más que una ficción jurídica deberán darse las siguientes condiciones. En primer lugar, debe concederse la condición de madre a la madre de alquiler en el momento del parto, momento en el que no debe estar sujeta a ninguna obligación contractual o jurídica a efectos de participar en el traslado jurídico o físico del niño. De ahí que deba considerarse que la madre de alquiler ha satisfecho todas las obligaciones contractuales o jurídicas en virtud de los actos de gestación y parto, aunque conserve la patria potestad y la responsabilidad paterna. En segundo lugar, la madre de alquiler debe recibir todos los pagos antes del traslado jurídico o físico del niño con posterioridad al parto, y todos los pagos deberán tener carácter no reembolsable, aunque la madre de alquiler opte por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, condiciones que deben establecerse expresamente en el contrato. Si la madre de alquiler opta por conservar la patria potestad y la responsabilidad paterna, podrá estar obligada jurídicamente a compartir la patria potestad y la responsabilidad paterna con otras partes, entre ellas el aspirante o aspirantes a progenitor. Sin embargo, la madre de alquiler no deberá estar obligada a renunciar a su propia condición con arreglo al contrato de maternidad subrogada. Siempre que la madre de alquiler opte después del parto por el traslado jurídico y físico del niño al aspirante o aspirantes a progenitor, su acto deberá ser gratuito y derivar de sus propias intenciones con posterioridad al parto y no de ningún tipo de obligación jurídica o contractual.

73. Todo sistema comercial debidamente regulado de gestación por sustitución también ofrecerá a los niños las protecciones necesarias, entre ellas determinaciones individualizadas del interés superior del niño con posterioridad al parto, exámenes adecuados de la idoneidad de los aspirantes a progenitor y protecciones de los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales. Para que todas las partes estén protegidas conviene realizar análisis y exámenes de los contratos de maternidad subrogada antes del embarazo, pero los procesos anteriores al parto no pueden ser concluyentes por lo que se refiere a la patria potestad y la responsabilidad parental, que solo podrán determinarse tras un examen adecuado con posterioridad al parto. Asimismo, existen protecciones apropiadas de las madres de alquiler que son consonantes con el mantenimiento de la condición de madre en el momento del parto, como conservar los derechos de consentimiento informado en relación con todas las decisiones sobre la atención médica y la libertad de circulación y desplazamiento, incluido el principio de que esos derechos no pueden invalidarse por contrato. También sería necesaria una regulación adecuada de los aspectos financieros y médicos de la gestación por sustitución, al igual que una regulación estricta de los intermediarios.

74. La gestación por sustitución de carácter comercial se practica actualmente en jurisdicciones, como la Federación de Rusia, en las que incluso las madres de alquiler que no tienen vínculos genéticos con el niño conservan la patria potestad en el momento del parto<sup>112</sup>. Además, los profesionales que se dedican a la gestación por sustitución sostienen que en algunas jurisdicciones que carecen de leyes en la materia se practica la modalidad comercial partiendo de normas previas referentes a la patria

<sup>112</sup> Véanse Trimmings y Beaumont, págs. 313 a 319; y Parlamento Europeo, “A comparative study on the regime of surrogacy in EU member States”, págs. 333 a 338.

potestad, la retirada de los derechos como progenitores y la adopción, a raíz de lo cual la madre de alquiler traslada voluntariamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor con posterioridad al parto, momento en el que también se dictan órdenes de patria potestad<sup>113</sup>. Además, quienes defienden la gestación por sustitución de carácter comercial sostienen que son relativamente pocas las madres de alquiler que cambian de opinión y pretenden conservar la patria potestad y la responsabilidad parental tras el parto, con lo cual es bastante limitado el riesgo que corren los aspirantes a progenitor de que las madres de alquiler conserven la patria potestad en el momento del nacimiento. De hecho, un destacado abogado que se dedicaba a la gestación por sustitución de carácter comercial se percató de que los aspirantes a progenitor cambiaban de opinión con una frecuencia notablemente mayor que las madres de alquiler<sup>114</sup>. Así pues, de la actual práctica se desprende que la gestación por sustitución de carácter comercial puede practicarse en regímenes jurídicos donde prevalece la norma tradicional de que la mujer que da a luz es la madre en el momento del nacimiento y donde se aplican procedimientos apropiados de traslado con posterioridad al parto. Indudablemente, la práctica de la gestación por sustitución de carácter comercial en entornos no regulados sigue planteando numerosos riesgos y no es recomendable.

75. Para cumplir su obligación de prohibir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución y crear salvaguardas con fines de su prevención, los Estados han de prohibir la modalidad comercial hasta que, en calidad de condición necesaria, se implante un sistema regulatorio adecuado conforme a lo señalado antes que comprenda un marco jurídico claro y amplio. Ese enfoque obedece a la premisa de que el traslado del niño es un componente central del contrato comercial de maternidad subrogada, por lo que forma parte de la retribución que percibe la madre de alquiler. Es posible que los Estados regulen estrictamente y permitan la gestación por sustitución de carácter comercial que no comporte venta de niños si promulgan con claridad, y hacen cumplir con eficacia, regulaciones como las que se indican en las presentes conclusiones y recomendaciones. Los Estados no deben adoptar regulaciones en materia de gestación por sustitución de carácter comercial basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de los contratos de gestación por sustitución y las correspondientes órdenes de patria potestad previas al parto, pues con ello los Estados pasarían a ser cómplices en la autorización de prácticas que constituyen venta de niños.

76. Asimismo, por lo que se refiere a la gestación por sustitución de carácter altruista, en los casos en que esté permitida, los Estados deben regular debidamente la práctica para impedir la venta de niños y respetar la prohibición internacional en la materia, por ejemplo exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse al examen de los tribunales u otras autoridades competentes.

## **B. Recomendaciones**

### **1. A nivel nacional**

77. La Relatora Especial invita a todos los Estados a que:

a) Ratifiquen la Convención sobre los Derechos del Niño y sus tres Protocolos Facultativos;

b) Promulguen legislación amplia y clara en virtud de la cual se prohíba la venta de niños, tal como se define en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, en el contexto de la gestación por sustitución;

<sup>113</sup> Véase Trimmings y Beaumont, págs. 391 y 392.

<sup>114</sup> Véase <https://www.nytimes.com/2014/07/06/us/foreign-couples-heading-to-america-for-surrogate-pregnancies.html>.

c) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter comercial, en particular mediante la prohibición de esta modalidad hasta que, en calidad de condición necesaria, se implanten sistemas debidamente regulados para asegurar la prohibición efectiva de la venta de niños o una regulación estricta de la modalidad que garantice que la madre de alquiler conserva la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto y que todos los pagos a la madre de alquiler se efectúan antes del traslado jurídico o físico de cualquier tipo del niño y no son reembolsables (excepto en casos de fraude), al igual que rechace la obligación de cumplir las disposiciones contractuales en materia de patria potestad, responsabilidad parental o restricción de los derechos (por ejemplo, el derecho a la salud y el derecho a la libertad de circulación) de la madre de alquiler;

d) Creen salvaguardias para impedir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución de carácter altruista, lo cual deberá incluir, cuando esté permitida esta modalidad, su regulación adecuada, por ejemplo para garantizar que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse a la supervisión de los tribunales u otras autoridades competentes, y que la madre de alquiler conserve la patria potestad y la responsabilidad parental en el momento del parto;

e) Velen por que en todas las decisiones en materia de patria potestad y responsabilidad parental vinculadas con un contrato de maternidad subrogada un tribunal o autoridad competente efectúe una determinación del interés superior del niño con posterioridad al parto que será la consideración primordial;

f) Velen por que en todas las decisiones en materia de patria potestad y responsabilidad parental vinculadas con un contrato de maternidad subrogada un tribunal o autoridad competente efectúe un examen apropiado y no discriminatorio de la idoneidad del aspirante o aspirantes a progenitor, antes o después del parto o tanto antes como después;

g) Regulen, vigilen y limiten estrictamente los aspectos financieros de todos los contratos de maternidad subrogada exigiendo que se informe por completo de los detalles financieros de tales contratos al tribunal o autoridad competente que examine el contrato concertado;

h) Regulen a todos los intermediarios que tomen parte en contratos de maternidad subrogada en lo que respecta a los aspectos financieros, las competencias del caso, el uso de los arreglos contractuales y las normas éticas;

i) Regulen los aspectos médicos de los contratos de maternidad subrogada para garantizar la salud y la seguridad de la madre de alquiler y del niño, en particular imponiendo límites adecuados al número de embriones implantados en una mujer de una sola vez;

j) Protejan los derechos de todos los niños nacidos de madres de alquiler, independientemente de la condición jurídica del contrato de maternidad subrogada de conformidad con la legislación nacional o internacional, en particular protegiendo el interés superior del niño, protegiendo los derechos de identidad y de acceso a los orígenes personales y colaborando en el plano internacional para evitar la apatridia;

k) Dirijan fundamentalmente a los intermediarios las multas penales o administrativas impuestas por contratos ilegales de maternidad subrogada;

l) Recopilen, analicen y transmitan datos completos y fiables y realicen estudios de investigación cualitativos y cuantitativos sobre los contratos de maternidad subrogada y su repercusión en los derechos humanos para garantizar que se dispone de información exacta y facilitar el seguimiento y evaluación de los sistemas y servicios de gestación por sustitución y sus resultados a fin de elaborar medidas apropiadas que respeten los derechos humanos.

## 2. A nivel internacional

78. La Relatora Especial invita a la comunidad internacional a que:

a) Respalde la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular por lo que se refiere a su estudio de la dimensión del derecho internacional privado correspondiente a la patria potestad de los niños, incluso en el contexto de los contratos de maternidad subrogada de ámbito internacional;

b) Vele por que toda regulación internacional elaborada en relación con la gestación por sustitución o con el reconocimiento jurídico de la patria potestad en los contratos internacionales de maternidad subrogada se centre a la vez en el derecho internacional privado y en el derecho internacional público, en particular disponiendo la protección de los derechos del niño, de las madres de alquiler y de los aspirantes a progenitor y reconociendo que el derecho internacional no prevé un “derecho a tener un hijo”;

c) Vele por que toda regulación internacional relativa al reconocimiento de la patria potestad en los contratos internacionales de maternidad subrogada o al reconocimiento de las resoluciones judiciales extranjeras en materia de patria potestad, o de otras determinaciones al respecto adoptadas en el extranjero, también contemple excepciones apropiadas en el ámbito de las políticas públicas, en virtud de las cuales se prohíba el reconocimiento cuando el ordenamiento jurídico extranjero no proteja debidamente los derechos del niño o la madre de alquiler, y prevea el examen adecuado con posterioridad al parto en el marco de las operaciones transfronterizas de gestación por sustitución a fin de impedir la venta de niños;

d) Apoye la labor del Servicio Social Internacional dirigida a elaborar principios y normas internacionales por los que se rijan los contratos de maternidad subrogada en consonancia con la normativa de los derechos humanos y, en particular, los derechos del niño;

e) Trabaje colectivamente para garantizar la protección de los derechos de los niños nacidos de madres de alquiler, independientemente de la condición jurídica del contrato de maternidad subrogada de conformidad con la legislación nacional o internacional, en particular previendo la protección del interés superior del niño y la prevención de la apatridia;

f) Aliente a otros mecanismos de derechos humanos, como el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, y a las entidades de las Naciones Unidas a que contribuyan mediante nuevas investigaciones a las deliberaciones sobre la gestación por sustitución y su repercusión en los derechos humanos de las mujeres y otros interesados a fin de elaborar una normativa basada en los derechos humanos y prevenir los abusos y violaciones.