



Asamblea General

Distr. general
15 de julio de 2019
Español
Original: inglés

Septuagésimo cuarto período de sesiones

Tema 68 a) de la lista preliminar*

**Promoción y protección de los derechos de la infancia:
promoción y protección de los derechos de la infancia**

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 del Secretario General

El Secretario General tiene el honor de transmitir a los miembros de la Asamblea General el 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, presentado de conformidad con la resolución [73/155](#) de la Asamblea.

* [A/74/50](#).



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

Resumen

En este informe, que se presenta de conformidad con la resolución [73/155](#) de la Asamblea General, 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, describe las actividades emprendidas en relación con el cumplimiento de su mandato desde su informe anterior a la Asamblea ([A/73/174](#) y [A/73/174/Corr.1](#)).

También presenta un estudio temático sobre las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. El informe complementa el informe anterior que la Relatora Especial presentó al Consejo de Derechos Humanos sobre la gestación por sustitución y la venta de niños ([A/HRC/37/60](#)).

El estudio temático contiene un análisis del marco jurídico internacional y de las violaciones específicas de los derechos a la identidad, el acceso a los orígenes y a un entorno familiar. A continuación, examina las salvaguardias existentes y posteriormente propone un conjunto de salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución.

Índice

	<i>Página</i>
I. Introducción.....	4
II. Actividades efectuadas por la Relatora Especial	4
A. Conferencias y diálogo con las partes interesadas	4
B. Visitas a países	5
III. Estudio sobre las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución.....	5
A. Objetivos, alcance y metodología	5
B. Iniciativas internacionales en curso.....	6
C. Marco jurídico internacional	7
D. Salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución.....	13
E. Consideraciones generales	18
IV. Conclusiones y recomendaciones.....	21
A. Conclusiones	21
B. Recomendaciones	22

I. Introducción

1. Este informe, que se presenta de conformidad con la resolución [73/155](#) de la Asamblea General, contiene información sobre las actividades efectuadas 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 durante el período de agosto de 2018 a junio de 2019.
2. El informe también presenta un estudio temático sobre las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución. Su objetivo es dar seguimiento al informe temático del año pasado sobre la gestación por sustitución y la venta de niños ([A/HRC/37/60](#)), presentado en el 37º período de sesiones del Consejo de Derechos Humanos.

II. Actividades efectuadas por la Relatora Especial

A. Conferencias y diálogo con las partes interesadas

3. El 18 y 19 de septiembre de 2018, la Relatora Especial asistió a la segunda reunión del Grupo de Expertos sobre las medidas con las que responder a la violencia contra los niños, organizada por el Consejo de Europa, en la que presentó las conclusiones y recomendaciones sobre la represión y prevención de la venta y la explotación sexual de niños mediante el logro de los Objetivos de Desarrollo Sostenible con una perspectiva basada en los derechos del niño, que figuran en el informe presentado a la Asamblea General en su septuagésimo tercer período de sesiones ([A/73/174](#) y [A/73/174/Corr.1](#)). El 19 y 20 de noviembre, la Relatora Especial asistió a la reunión inaugural de Interfaith Alliance for Safer Communities: Child Dignity Online. Prosiguió su colaboración con la Alianza Mundial WeProtect, una plataforma de múltiples interesados dedicada a la acción nacional y mundial para poner fin a la explotación sexual de los niños en línea. Del 27 al 29 de noviembre, la Relatora Especial asistió al Primer Conversatorio Regional de América Latina y el Caribe, titulado “En la ruta de la Igualdad”, dedicado al 30º aniversario de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.
4. El 5 de marzo de 2019, la Relatora Especial presentó su informe temático sobre la venta y la explotación sexual de los niños en el contexto de los deportes al Consejo de Derechos Humanos y participó en el diálogo interactivo que se mantuvo posteriormente con los representantes de los Estados Miembros y de la sociedad civil. El 7 de marzo se celebró una mesa redonda sobre el mismo tema con la asistencia de representantes de Estados Miembros, organismos de las Naciones Unidas, federaciones deportivas y la sociedad civil.
5. El 27 de mayo de 2019, la Relatora Especial intervino ante la mesa redonda de alto nivel sobre el Objetivo de Desarrollo Sostenible 16, relativo a la paz, la justicia y las instituciones sólidas, abordando la promesa de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible de no dejar a nadie atrás. La mesa redonda fue organizada por el Departamento de Asuntos Económicos y Sociales de la Secretaría y la Organización Internacional de Derecho para el Desarrollo y acogida por el Gobierno de Italia, en Roma.

B. Visitas a países

6. La Relatora Especial visitó Malasia del 24 de septiembre al 1 de octubre de 2018, por invitación del Gobierno. También hizo una visita a Bulgaria del 1 al 8 de abril de 2019. La Relatora Especial agradece a ambos Gobiernos la cooperación que le prestaron antes, durante y después de la visita.

7. El Gobierno de Gambia ha autorizado una visita de la Relatora Especial del 21 al 29 de octubre de 2019 y el Gobierno del Paraguay también la ha invitado a una visita durante la primera mitad de 2020. La Relatora Especial agradece la aceptación de sus solicitudes y espera tener un diálogo constructivo en la preparación de las misiones.

III. Estudio sobre las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución

A. Objetivos, alcance y metodología

8. En su informe temático de 2018 sobre la gestación por sustitución y la venta de niños presentado al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/37/60), la Relatora Especial examinó la práctica de la gestación por sustitución desde la perspectiva de su mandato, centrándose en la prohibición de la venta de niños. En el contexto de las prácticas de posible explotación, ofreció un análisis y recomendaciones sobre la forma en que puede defenderse la prohibición y la prevención de la venta de niños.

9. Dada la falta de consenso internacional desde el punto de vista jurídico, normativo, de las políticas o ético sobre la gestación por sustitución, la Relatora Especial decidió desarrollar unas salvaguardias mínimas para la protección de los niños nacidos por gestación por sustitución a fin de orientar a los Estados en sus esfuerzos por garantizar que el interés superior del niño se tenga debidamente en cuenta.

10. Si bien el interés superior del niño será la consideración clave a los efectos del presente informe, la Relatora Especial es consciente de que el vacío normativo nacional e internacional, unido a la disparidad existente en las leyes y las prácticas de la gestación por sustitución, tiene posibles repercusiones sobre múltiples interesados involucrados en la gestación por sustitución. Por consiguiente, reconoce que deben hacerse nuevos esfuerzos para desarrollar una investigación empírica y holística que garantice los vínculos entre la práctica de la gestación por sustitución y los derechos humanos fundamentales de igualdad y no discriminación de todas las partes interesadas, en particular los niños, las mujeres que actúan como madres subrogantes, los donantes de gametos y los futuros padres.

11. Con miras a garantizar una consulta inclusiva e integral para el informe, la Relatora Especial envió un cuestionario centrado en el desarrollo de salvaguardias para la protección de los derechos humanos de los niños nacidos por gestación por sustitución a los Estados Miembros y las partes interesadas pertinentes¹. La Relatora Especial desea expresar su agradecimiento a todos los interesados que respondieron a su cuestionario y acoge con beneplácito la colaboración demostrada a través de este ejercicio.

¹ Véase <https://www.ohchr.org/SP/Issues/Children/Pages/ChildrenBornSurrogacyArrangements.aspx>.

12. También se llevó a cabo un examen de la bibliografía sobre el tema de la gestación por sustitución y se celebró una consulta con las partes interesadas en Ginebra el 24 de junio de 2019. Para la preparación de su informe, se organizó también una consulta adicional paralelamente al International Surrogacy Forum, organizado por el Cambridge Family Law Centre, la International Academy of Family Lawyers y la American Bar Association en la Universidad de Cambridge los días 27 y 28 de junio de 2019².

13. El análisis de las respuestas recibidas por parte de los Estados y presentado en este informe de la Relatora Especial sigue la clasificación de las jurisdicciones relativas a la gestación por sustitución elaborada por una serie de académicos³. Pueden describirse como prohibicionistas; tolerantes (donde la jurisdicción no regula la gestación por sustitución en sí, pero aborda sus consecuencias mediante la regulación de la transferencia de la paternidad de la madre subrogante a los futuros padres); normativas; y de libre mercado (donde no existen regulaciones específicas relativas a quién puede suscribir contratos de gestación por sustitución, pero el derecho contractual privado establece la ejecutabilidad de contratos entre las partes). La Relatora Especial también recibió aportaciones de Estados donde la gestación por sustitución, ya sea altruista o de carácter comercial, está prohibida y en los que no existen salvaguardias específicas en vigor. La Relatora Especial no ha recibido información alguna de las jurisdicciones reguladas exclusivamente por autoridades médicas, administrativas o judiciales.

B. Iniciativas internacionales en curso

14. El informe tiene por objeto complementar la atención que presta al derecho internacional privado el proyecto sobre filiación y gestación por sustitución que está llevando a cabo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La Oficina Permanente de la Conferencia de La Haya ha venido estudiando desde 2011 las cuestiones de derecho internacional privado relativas a la filiación legal de los niños, en particular las cuestiones derivadas de los contratos internacionales de gestación por sustitución⁴.

15. La atención que presta el informe a las salvaguardias también complementará la labor que viene realizando la organización Servicio Social Internacional para desarrollar principios internacionales que garanticen la protección de los derechos del niño en el contexto de los contratos de gestación por sustitución.

16. Además, en 2018, varios organismos de las Naciones Unidas, a saber, la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), el Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA) y la Organización Mundial de la Salud, organizaron en Bangkok una reunión entre organismos sobre gestación por sustitución y derechos humanos. Los participantes hicieron hincapié en la necesidad de regulación a nivel internacional y de enfoques legislativos y normativos en materia de gestación por sustitución basados en un marco de derechos humanos para proteger los derechos de todas las partes interesadas y evitar las prácticas de explotación.

² Véase <https://www.family.law.cam.ac.uk/international-surrogacy-forum-2019>.

³ Véase, por ejemplo, Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia Studies in Comparative Family Law, 2019.

⁴ Véase <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/>.

C. Marco jurídico internacional

17. En el mencionado informe de la Relatora Especial al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/37/60, párrs. 34 a 37) figura un análisis preliminar del marco internacional de derechos humanos en lo que se refiere a la gestación por sustitución y la venta de niños.

18. La consideración primordial del interés superior del niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución ha de ser el punto de partida de cualquier análisis del marco jurídico internacional. Independientemente de si el Estado en cuestión adopta un enfoque prohibicionista, tolerante, normativo o de libre mercado respecto a los contratos de gestación por sustitución, el interés superior del niño debe constituir siempre la base de la adopción de decisiones. En este sentido, la observación general núm. 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (CRC/C/GC/14) explica que las evaluaciones del interés superior deben buscar un equilibrio entre los factores de protección, que pueden limitar o restringir los derechos, y las medidas de empoderamiento, que permiten el pleno ejercicio de los derechos. También explica que el interés superior del niño es un concepto triple, que engloba un derecho sustantivo; un principio jurídico interpretativo fundamental; y una norma de procedimiento.

19. En relación con la gestación por sustitución, además de dar pleno efecto a los principales parámetros expuestos en la observación general núm. 14 (2013), debe garantizarse el interés superior del niño, como mínimo, dotándolo de certeza de identidad, de condición y de paternidad. Los principales problemas se plantean en el contexto de aquellas jurisdicciones en las que los contratos de gestación por sustitución son nulos y sin valor, inaplicables o incluso objeto de sanciones penales, con graves repercusiones para el niño nacido mediante un contrato internacional de gestación por sustitución.

20. Por consiguiente, es imprescindible que los Estados pongan en marcha marcos claros para la protección de los niños y para garantizar la primacía de su interés superior en el contexto de los contratos de gestación por sustitución. A la luz de la demanda mundial de gestación por sustitución, incluso los Estados más prohibicionistas a nivel nacional deben hacer frente a las consecuencias de los contratos de gestación por sustitución, y redundar, por lo tanto, en el interés superior de los niños garantizar que exista un marco claro de adopción de decisiones a fin de aportar claridad y certidumbre.

1. La no discriminación y el derecho a la salud de los niños nacidos por gestación por sustitución

21. De conformidad con los principios generales de la Convención sobre los Derechos del Niño, es fundamental garantizar que las leyes, las políticas y las prácticas relativas a la gestación por sustitución respeten los principios de no discriminación, el interés superior del niño y el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, así como el derecho del niño a expresar sus propias opiniones. En el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución, es especialmente importante que los distintos marcos jurídicos nacionales no den lugar a situaciones discriminatorias. En consonancia con el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los Estados deben garantizar los derechos enunciados en la Convención sin discriminación alguna y con independencia, entre otras cosas, del nacimiento del niño. Esto se complementa con el segundo párrafo del artículo 2, que dispone que los Estados partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa

de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

22. En su observación general núm. 7 (2005) sobre la realización de los derechos del niño en la primera infancia (CRC/C.GC/7/Rev.1), el Comité de los Derechos del Niño resalta que los niños pequeños “pueden también sufrir las consecuencias de la discriminación de que son objeto sus padres, por ejemplo, si han nacido fuera del matrimonio o en otras circunstancias que no se ajustan a los valores tradicionales”, y recuerda que los Estados partes tienen la responsabilidad “de vigilar y combatir la discriminación, cualquiera que sea la forma que esta adopte y dondequiera que se dé, tanto en la familia, como en las comunidades, las escuelas u otras instituciones”.

23. Este principio general de no discriminación significa que ninguno de los derechos del niño debe verse afectado por el método de su nacimiento, inclusive un contrato de gestación por sustitución. En particular, los derechos del niño a la identidad, el acceso a los orígenes y a un entorno familiar no deberían verse afectados negativamente por la gestación por sustitución. La decisión de 2009 de la Corte Constitucional de Colombia constituyó una buena práctica ya que estableció que, si bien la gestación por sustitución no se regula en el ordenamiento jurídico, los niños nacidos a través de asistencia médica para la procreación, como la gestación por sustitución, tienen los mismos derechos que los demás niños⁵.

24. Además, el derecho a la salud de los niños nacidos por gestación por sustitución debe estar garantizado independientemente del método de nacimiento o el entorno familiar. El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño dispone que “los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, entre otras cosas, mediante la prestación de una atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres. La disponibilidad de información sobre los orígenes genéticos y gestacionales, que se detalla a continuación, es de vital importancia en el contexto del derecho del niño a la salud.

2. Nacionalidad e identidad

25. El artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, basado en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, protege el derecho del niño a la identidad, que engloba el derecho al registro del nacimiento, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y ser cuidado por estos.

26. El Comité de Derechos Humanos, a través de su observación general núm. 17 sobre los derechos del niño, establece que debe interpretarse que los derechos previstos en el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos están estrechamente vinculados a la disposición “que prevé el derecho a medidas especiales de protección y tiene por objeto favorecer el reconocimiento de la personalidad jurídica del niño”.

27. En el plano regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dispone también el derecho a un nombre y una nacionalidad (artículos 18 y 20). La Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño también incluye el derecho a un nombre, al registro del nacimiento y a una nacionalidad (artículo 6). El artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convenio Europeo de Derechos Humanos) apela a que se respete la vida privada y familiar, lo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha

⁵ Véase la comunicación presentada por Colombia, disponible en: <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Children/Pages/SurrogacySubmissions.aspx> (todas las comunicaciones recibidas y mencionadas en el presente informe pueden consultarse en este sitio web).

interpretado que comprende el derecho a establecer detalles de su identidad como seres humanos individuales⁶.

Nacionalidad y apatridia

28. Las obligaciones incluidas en el artículo 7 revisten una importancia fundamental para los derechos del niño nacido por gestación por sustitución. La obligación de registrar los nacimientos es esencial para evitar el secuestro, la venta o la trata de niños, mientras que el derecho a adquirir una nacionalidad exige que los Estados impidan la apatridia de los niños como parte del derecho a la identidad. Se plantea una preocupación legítima con respecto a los riesgos de la apatridia para los niños nacidos por gestación por sustitución. En el contexto de los contratos internacionales de gestación por sustitución entre países con diferente legislación o regulación, existe el riesgo real de que un niño no pueda recibir la nacionalidad de uno de sus padres o del Estado en el que ha nacido.

29. Por ejemplo, en la causa *Baby Manji Yamada v. Union of India* en 2008, se dio una situación de posible apatridia. Tras el divorcio de los futuros padres japoneses, la niña nacida de gestación por sustitución se quedó en la India sin documentación dado que ni las autoridades japonesas (que solo reconocen a la madre subrogante como madre) ni las autoridades indias (que no permiten la adopción por parte de padres solteros) estaban dispuestas a reconocer la filiación legal entre el niño y el futuro padre. El Tribunal Supremo de la India decidió finalmente emitir un certificado de identidad para permitir que la niña nacida de gestación por sustitución viajara al Japón con el padre⁷.

30. En este sentido, los Estados deben tener presente que “están obligados a adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el plano nacional como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño tenga una nacionalidad en el momento de su nacimiento”, tal como expone el Comité de Derechos Humanos en su observación general núm. 17.

Identidad

31. Además de la obligación de garantizar el registro del nacimiento y la nacionalidad del niño en virtud del artículo 7, la Convención sobre los Derechos del Niño establece la obligación, de conformidad con el artículo 8, de “respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas”. Los Estados partes también tienen la obligación de proporcionar una reparación en caso de privación ilícita “de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos”.

32. Si bien la gestación por sustitución cambia los elementos constitutivos de la identidad al romper el vínculo entre la filiación genética, gestacional y social, los derechos fundamentales del niño siguen siendo los mismos. Desde la perspectiva del niño, la genética, la gestación y el ejercicio de la responsabilidad parental son parte de los elementos constitutivos de la identidad. El derecho del niño al registro de su nacimiento, a un nombre, a una nacionalidad y a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos no debería verse afectado, en la medida de lo posible, por su método del nacimiento. En particular, la Relatora Especial observa que la negativa a conceder el reconocimiento jurídico de los hijos nacidos mediante contratos de gestación por sustitución por parte de Estados prohibicionistas puede ser perjudicial para el interés superior del niño y dar lugar a violaciones de los derechos del niño.

⁶ *Mennesson v. France*, núm. 65192/11, de junio de 2014; *Labassee v. France*, núm. 65941/11, de 2014; *Foulon and Bouvet v. France*, núm. 9063/14 y núm. 10410/14, de 2016.

⁷ *Baby Manji Yamada v. Union of India and Anr*, Tribunal Supremo de la India, 2008.

33. En los asuntos *Menesson c. Francia* y *Labassee c. Francia* (negativa a conceder el reconocimiento legal en Francia a los vínculos de filiación que se habían establecido legalmente en los Estados Unidos de América entre los niños nacidos como consecuencia de contratos de gestación por sustitución y sus futuros padres, con un único vínculo genético entre uno de los progenitores y el niño), el Tribunal Europeo de Derechos Humanos señaló que Francia había violado el derecho del niño al respeto de la privacidad en virtud del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. En particular, el Tribunal llegó a la conclusión de que el no reconocimiento por parte de las autoridades de la filiación entre los futuros padres y el niño, nacido mediante un contrato de gestación por sustitución en California, violó un aspecto esencial de la identidad de las personas, a saber, el vínculo de filiación. Y lo que es más importante, subrayó que el primordial interés superior del niño pesa más que el propósito de las autoridades de disuadir a sus nacionales de violar la legislación nacional sobre gestación por sustitución.

3. Acceso a los orígenes

34. El derecho de acceso a los orígenes coincide en gran medida con el derecho a la identidad, como elemento constitutivo de este último derecho, tal y como se estipula en la Convención sobre los Derechos del Niño, con arreglo al artículo 7, sobre el derecho del niño a conocer a sus padres y ser cuidado por ellos en la medida de lo posible, y al artículo 8, sobre la preservación de las relaciones familiares.

35. A través de sus observaciones finales, el Comité de los Derechos del Niño ha pedido sistemáticamente que se respete el derecho del niño a acceder a información sobre sus orígenes en el contexto de la asistencia médica para la procreación, a menudo con una referencia específica a la gestación por sustitución⁸. El derecho de acceso a los orígenes también puede ser especialmente importante para el derecho a la salud del niño nacido por gestación por sustitución, protegido en el artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

36. Si bien la gestación por sustitución es un fenómeno relativamente nuevo, hay muchas lecciones que aprender de la práctica de la adopción, en la que el acceso a la información sobre los orígenes reviste también especial importancia. En su observación general núm. 14, el Comité de los Derechos del Niño subrayó que, como parte de la obligación de garantizar la identidad del niño en el contexto de la adopción y la separación familiar, redundaba en el interés superior de este que tenga “acceso a la cultura [...] de su país y su familia de origen, y la oportunidad de acceder a información sobre su familia biológica”. Del mismo modo, en la Declaración sobre los Principios Sociales y Jurídicos relativos a la Protección y el Bienestar de los Niños, con Particular Referencia a la Adopción y la Colocación en Hogares de Guarda, en los Planos Nacional e Internacional, los “encargados de la atención del niño deberán reconocer la necesidad del niño adoptivo o del niño colocado en un hogar de guarda de conocer sus antecedentes a menos que ello sea contrario a los intereses del niño”.

37. Además, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de su jurisprudencia, ha determinado que todas las personas deberían poder establecer los detalles de su identidad como seres humanos individuales y que el derecho de una persona a esa información es importante debido a las repercusiones que pueda tener en la formación de su personalidad en virtud del respeto a la vida privada dispuesto en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos⁹.

⁸ Véanse, entre otros, [CRC/C/CHE/CO/2-4](#), [CRC/C/ISR/CO/2-4](#), [CRC/C/IRL/CO/3-4](#) y [CRC/C/GEO/CO/4](#).

⁹ *Mikulic v. Croatia*, núm. 53176/99, de 2002, párr. 54.

38. En vista de ello, la Relatora Especial desea subrayar que la aplicación general del anonimato para los donantes de gametos o la madre subrogante, en particular registrando únicamente a los futuros padres en el certificado de nacimiento, impedirá que el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución tenga acceso a sus orígenes. Se trata de una violación especialmente frecuente de los derechos del niño, que se ve agravada en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución. Por ejemplo, en la India, la ley de regulación de la gestación por sustitución de 2016 propone que la autoridad competente deba conservar los detalles de los contratos de gestación por sustitución, pero no existe ninguna disposición para que los niños puedan tener acceso a esta información. Por el contrario, en virtud de una nueva ley, en Tailandia no debe conservarse la información sobre la madre subrogante ni los donantes de gametos. Con arreglo a esa disposición, los niños no tendrían ningún mecanismo para obtener información sobre sus orígenes genéticos y biológicos¹⁰.

4. Entorno familiar

39. En el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la familia se reconoce “como el grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños” y, como tal, debe recibir la protección y asistencia necesarias.

40. Es importante señalar que la familia no está definida en el derecho internacional de los derechos humanos y que el Comité de Derechos Humanos, en su observación general núm. 19 sobre la familia, estipula que “no es posible dar una definición uniforme del concepto”. Otros órganos creados en virtud de tratados también han subrayado que el concepto de familia debe entenderse “en un sentido lato” y “de conformidad con las costumbres locales apropiadas”¹¹. No existe, por consiguiente, una definición de la familia en el contexto de la gestación por sustitución con arreglo al derecho internacional de los derechos humanos.

41. La Convención sobre los Derechos del Niño establece, con arreglo al artículo 7, el derecho del niño a ser cuidado por sus padres, en la medida de lo posible. La importancia de la familia para el niño se ve reforzada en el artículo 5, relativo al respeto por parte del Estado de los deberes de la familia, el artículo 9, relativo a la separación de los padres, el artículo 10, relativo a la reunificación familiar, el artículo 16, relativo a la vida familiar, y el artículo 18, relativo a la función de la familia en la crianza del niño. También existen fuertes protecciones de la función de la familia y el entorno familiar a nivel regional, reconocidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 8), la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (artículos 7 y 24), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 17) y la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño (artículo 18).

42. La Convención sobre los Derechos del Niño hace especial hincapié en el mantenimiento de la vida familiar y en la prevención de la separación a menos que ello redunde en el interés superior del niño. En su observación general núm. 14, el Comité de los Derechos del Niño destaca que la separación “solo debería aplicarse como último recurso, por ejemplo, cuando el niño esté en peligro de sufrir un daño inminente o cuando sea necesario por otro motivo; la separación no debería llevarse a cabo si se puede proteger al niño de un modo que se inmiscuya menos en la familia”. Este es el caso, en particular, de los niños pequeños, sobre quienes la Comisión advirtió en su observación general núm. 7 que “son especialmente vulnerables a las

¹⁰ Véase Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, *Intersentia Studies in Comparative Family Law*, 2019, págs. 487 a 537.

¹¹ [A/HRC/31/37](#), párr. 24.

consecuencias adversas de las separaciones debido a su dependencia física y vinculación emocional con sus padres o tutores”.

43. Los contratos de gestación por sustitución pueden acabar en separación familiar, ya sea temporal o permanente, a raíz del no reconocimiento de la filiación. Existe un riesgo especial cuando se celebran contratos internacionales de gestación por sustitución por parte de futuros padres procedentes de países donde la gestación por sustitución está prohibida. A la luz de este riesgo tan real de separación familiar, es fundamental mantener un umbral muy elevado para justificar la separación de conformidad con las normas y reglas internacionales.

44. El asunto *Paradiso y Campanelli c. Italia*¹² pone de manifiesto el riesgo muy real de separación de un hijo nacido por gestación por sustitución de sus futuros padres tras una decisión judicial interna. En este caso, las autoridades italianas se negaron a reconocer el vínculo de filiación tras descubrir que no existía ningún vínculo genético entre el niño nacido por gestación por sustitución y los futuros padres y colocaron al niño en modalidades alternativas de cuidado. En el recurso, la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos decidió que no existían lazos familiares de facto, negándose a reconocer el vínculo de filiación establecido en el extranjero, y desestimó, en consecuencia, la causa de los demandantes. No obstante, la decisión inicial de la Sala, que sí reconocía los lazos familiares de facto, y la opinión disidente que seis magistrados anexionaron a la sentencia de la Gran Sala, reconociendo también la existencia de lazos familiares de facto, demuestran que fue una decisión complicada y difícil.

45. Este caso ejemplifica el temor de los Estados prohibicionistas a tener que aprobar sin miramientos contratos de gestación por sustitución establecidos en el extranjero, se hayan respetado o no las salvaguardias. Para superar esta situación, es sumamente importante que se ponga en marcha un procedimiento fiable para que se permitan únicamente los contratos internacionales de gestación por sustitución que respeten las salvaguardias específicas y que solo dichos contratos internacionales de gestación por sustitución sean dignos de reconocimiento¹³.

46. Otros tribunales de familia, sin embargo, se han sentido obligados a reconocer el vínculo de filiación establecido en el extranjero, a pesar de tratarse de una violación del derecho interno, justificando que era necesario para garantizar el interés superior del niño¹⁴. De hecho, por lo general se decidirá que redundará en el interés superior del niño que permanezca con sus futuros padres a fin de preservar el entorno familiar. Sin embargo, esta no es una conclusión definitiva, y los exámenes judiciales o administrativos de los contratos internacionales de gestación por sustitución siguen siendo fundamentales. Al igual que ocurre con cualquier evaluación del interés superior, se trata de un proceso individual de cada caso por separado que determinará si la decisión de apartar al niño de sus futuros padres es adecuada o inadecuada, por ejemplo, cuando se planteen inquietudes sobre la protección infantil en relación con los futuros padres.

47. Además, hay que tener presente que el Comité de los Derechos del Niño ha indicado en su observación general núm. 14 que “cuando los padres u otros tutores hayan cometido un delito, se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad, teniendo plenamente en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o los niños afectados”.

¹² *Paradiso and Campanelli v. Italy*, núm. 25358/12, de 2017.

¹³ Véase el informe de la Convención sobre Derecho Internacional Privado, párr. 44 (<https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>).

¹⁴ Véanse, por ejemplo, *Re X and Y (Foreign Surrogacy)* (2008) EWHC 3030 (Fam); y Tribunal Federal de Justicia de Alemania, núm. XII ZB 463/13.

D. Salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución

48. En ausencia de marcos regulatorios internacionales, varios Estados ya han comenzado a contemplar una serie de salvaguardias nacionales. La cuestión radica en saber hasta qué punto esas regulaciones contienen salvaguardias para proteger el interés superior del niño nacido por gestación por sustitución.

1. Datos

49. A fin de desarrollar salvaguardias de forma eficaz, es imprescindible reunir datos exhaustivos y desglosados sobre la gestación por sustitución. La Relatora Especial recibió muy pocas estadísticas sobre el número de nacimientos por gestación por sustitución a nivel nacional o sobre el número de contratos de gestación por sustitución establecidos por los ciudadanos en otra jurisdicción. De hecho, no existen al parecer datos independientes recopilados y verificados de forma centralizada sobre el grado y el alcance de la práctica. Tan solo se dispone de estadísticas sobre nacimientos por gestación por sustitución en unas pocas jurisdicciones, y tales estadísticas han sido recopiladas por investigadores independientes y no por los Gobiernos. En otras jurisdicciones se carece de información para vigilar y hacer un seguimiento del alcance de la práctica más allá de una difusión anecdótica en los medios de comunicación.

50. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha sido uno de los dos países que han ofrecido algunos datos sobre el número de contratos de gestación por sustitución. Sin embargo, no todos los contratos de gestación por sustitución se registran, dado que no existe la obligación de someterse al procedimiento oficial de obtener una “orden parental” (que transferiría la paternidad de la madre subrogante a los futuros padres con arreglo al derecho interno). A fecha de 10 de junio de 2019, el número de órdenes parentales obtenidas en Inglaterra y Gales tras la gestación por sustitución eran las siguientes: 407 en 2016; 332 en 2017; y 176 en el primer semestre de 2018. Tan solo en dos casos en los últimos cinco años se interrumpieron los contratos de gestación por sustitución y un tribunal de familia tuvo que intervenir para decidir sobre la custodia y la responsabilidad parental¹⁵. Australia también ha facilitado datos sobre el número de contratos de gestación por sustitución establecidos en el extranjero y algunos datos sobre contratos nacionales a nivel estatal: durante el período 2016-2017 se registraron 139 casos; y durante el período 2017-2018, se registraron 175 casos¹⁶.

51. En lo que respecta al seguimiento de los abusos, en 2019 Portugal instaló programas informáticos de gestión de los tribunales para recopilar datos relativos a los delitos cometidos en el contexto de los contratos de gestación por sustitución¹⁷.

2. Evaluaciones del interés superior

52. Las jurisdicciones difieren en cuanto a si debería llevarse a cabo una evaluación del interés superior, y de ser así, cuándo, en relación con un niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución. En Grecia, Israel y Sudáfrica, los órganos administrativos y judiciales participan en las evaluaciones de la elegibilidad de los futuros padres previas a la concepción, y debe concederse una autorización para que se lleve a cabo la fertilización. Con ello se pretende proteger de manera indirecta el interés superior del niño garantizando que los padres sean adecuados. En Irlanda, con

¹⁵ Véase la comunicación del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte.

¹⁶ Véase la comunicación de Australia.

¹⁷ Véase la comunicación de Portugal.

arreglo al proyecto de ley sobre asistencia para la procreación humana, existirá un requisito de autorización previa para todos los contratos de gestación por sustitución¹⁸. En las jurisdicciones en las que un acuerdo es (parcialmente) aplicable, deben cumplirse determinados requisitos procesales y sustantivos y aprobarse por parte de la autoridad judicial o administrativa pertinente. Corresponde a esas autoridades velar por que el interés superior del niño y otros requisitos procesales sean la consideración primordial de la autoridad encargada de la aprobación. En Sudáfrica, por ejemplo, el Tribunal Superior debe tener en cuenta el interés superior del niño antes de que se confirme un acuerdo¹⁹.

53. Como alternativa, en algunas jurisdicciones, las autoridades intervienen únicamente después del nacimiento del niño y solo son responsables de decidir si se transfiere la paternidad de la madre subrogante a los futuros padres.

54. Las evaluaciones del interés superior posteriores al nacimiento son una medida esencial para garantizar los derechos del niño en el contexto de los contratos de gestación por sustitución. En España, donde la gestación por sustitución está prohibida, el registro de un niño nacido en el extranjero mediante un contrato de gestación por sustitución solo es posible tras una revisión judicial, lo que implica la necesidad de garantizar que no se hayan violado el interés superior del niño y los derechos de la madre subrogante²⁰. En Suiza existe un procedimiento similar que prohíbe la gestación por sustitución: en el caso de los contratos internacionales de gestación por sustitución, se negará a la familia la autorización para entrar en el país hasta que se presente la documentación que acredite la filiación y la legalidad del contrato en el país en que se celebró.

55. La práctica de examinar el contrato antes de conceder la autorización de entrada ha sido expresamente aprobada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el asunto *D. y otros c. Bélgica*²¹, en el que el Tribunal desestimó la reclamación relativa a una separación temporal debido a la negativa de proporcionar a los futuros padres un documento de viaje para su hijo nacido por gestación por sustitución, basada en el argumento de que era competencia del Estado realizar inspecciones antes de permitir que el niño entrara en Bélgica, con varios objetivos legítimos, en particular la protección de los derechos de la madre subrogante y del niño.

56. El Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte ha establecido “órdenes parentales” para transferir la filiación en el contexto de los contratos de gestación por sustitución. El tribunal solo puede dictar dicha orden cuando se determine que hacerlo redundará en el interés superior del niño. Para ayudar a evaluar esta cuestión, se designa a un informante de órdenes parentales como tutor para examinar, entre otras cosas, el bienestar del niño²². Del mismo modo, en Israel se designa a un asistente social como tutor del niño hasta que, en un período de siete días desde el nacimiento, se concede una orden parental a los futuros padres. El tribunal deberá dictar esa orden a menos que considere, tras recibir un informe de un asistente social, que sería incompatible con el bienestar del niño²³.

57. Las evaluaciones del interés superior del niño posteriores al nacimiento pueden resultar difíciles, sin embargo, por el hecho de que el niño ya ha nacido y vive con los futuros padres. En esas circunstancias, los tribunales pueden tener dificultades para

¹⁸ Véase la comunicación de Irlanda.

¹⁹ *Ex Parte CJD and others (Centre for Child Law intervening as amicus curiae)* (caso núm. 53131/2017, Tribunal Superior de Gauteng Norte), *Surrogacy in a Globalised World*, Claire Fenton-Glynn y Jens M. Scherpe, pág. 525.

²⁰ Véase la comunicación de España.

²¹ *D. and Others v. Belgium*, núm. 29176/13, de 2014.

²² Véase la comunicación del Dr. Michael Wells-Greco.

²³ Véase la comunicación de Victoria Gelfand, Lic.

realizar una evaluación exhaustiva y eficaz, ya que rara vez redunda en el interés superior del niño negarse a reconocer o conceder la paternidad que refleje la realidad vivida por el niño. Si bien resulta justificado, el temor a verse obligados a reconocer la situación del niño como un hecho consumado no debería diluir la importancia de los exámenes judiciales o administrativos de los contratos internacionales de gestación por sustitución. Al igual que con cualquier evaluación del interés superior, los exámenes deben llevarse a cabo mediante un proceso individual de cada caso por separado, a través del cual se determinará si es preferible separar a un niño de los futuros padres.

3. Los derechos de identidad y el acceso a los orígenes

58. En el contexto de la gestación por sustitución, resulta especialmente complejo garantizar los derechos a la identidad y al acceso a los orígenes. Algunas jurisdicciones han suprimido el anonimato de los donantes, mientras que otras se enfrentan a obstáculos que impiden la divulgación de tal información a las personas que tendrían derecho a conocer el origen (genético) de un determinado individuo. En todos los casos de gestación por sustitución será necesario no solo garantizar el acceso a la información sobre los orígenes genéticos, sino también a la información sobre la madre subrogante.

59. En algunos países, en el contexto del registro del nacimiento y el proceso de las órdenes parentales se examinan las salvaguardias que protegen el acceso a los orígenes. Existen varios enfoques por parte de los Estados que tienen repercusión sobre el tipo de salvaguardias necesarias para garantizar el derecho del niño a la identidad y al acceso a los orígenes. En la mayoría de las jurisdicciones que prohíben o toleran la gestación por sustitución, la paternidad jurídica al nacer se asigna de conformidad con las normas tradicionales de la paternidad (*mater semper certa est*), lo cual garantiza que habrá un registro de la madre subrogante. Por ejemplo, en el Reino Unido, la madre subrogante, como madre legal en el momento del nacimiento, figurará en la partida de nacimiento original y al niño se le entregará una versión nueva y enmendada cuando se haya emitido la orden parental y transferido la paternidad a los futuros padres.

60. Por otro lado, en las jurisdicciones reguladas y de libre mercado, la paternidad jurídica se atribuye a los futuros padres directamente, ya sea antes o después del parto, y el nombre de la madre subrogante no queda necesariamente registrado en ningún documento oficial. En este contexto, se precisan salvaguardias fundamentales para proteger los derechos a la identidad y al acceso a los orígenes. Por ejemplo, en algunas jurisdicciones de los Estados Unidos, los futuros padres son reconocidos antes del nacimiento como los únicos progenitores del niño nacido por gestación por sustitución. La ley de regulación de la gestación por sustitución de 2018 de la India también establece un sistema para determinar la filiación antes del nacimiento del niño.

61. Es especialmente importante que los Estados velen por que se mantenga un registro con los detalles de las madres subrogantes y de los donantes de gametos siempre que sea posible. Muchos Estados ya están empezando a reconocer esto, entre ellos Irlanda, donde, de conformidad con el proyecto de ley sobre asistencia para la procreación humana, se establecería un registro nacional de gestación por sustitución que contendría información sobre las madres subrogantes, los futuros padres y los donantes y que sería accesible para los niños nacidos por gestación por sustitución a partir de los 18 años²⁴; la Comisión de Derecho de Inglaterra y Gales y la Comisión

²⁴ Véase la comunicación de Irlanda.

de Derecho de Escocia han planteado sugerencias similares en sus propuestas recientes para una nueva ley sobre gestación por sustitución.

62. En el contexto de la donación de gametos, muchos Estados ya han establecido protecciones para garantizar el acceso de los niños a la información sobre sus padres genéticos. En Argentina, el Código Civil y Comercial otorga a las personas nacidas mediante asistencia médica para la procreación el derecho a acceder a los informes médicos de los donantes, cuando sea oportuno, y, bajo revisión judicial, a obtener la identidad de los donantes²⁵. Suecia no permite las donaciones anónimas y conserva la información sobre la identidad del donante para que el niño pueda acceder a ella cuando haya alcanzado la madurez suficiente²⁶. En abril de 2019, la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa llegó a una conclusión similar, recomendando que “debería renunciarse al anonimato en todas las futuras donaciones de gametos en los Estados miembros del Consejo de Europa y prohibirse el uso de esperma y ovocitos donados de forma anónima”²⁷. Además, en Portugal, se decidió que el anonimato de los donantes de material genético era inconstitucional ya que violaba la identidad personal y el desarrollo de la personalidad de las personas nacidas mediante contratos de gestación por sustitución²⁸. Por otro lado, en Sudáfrica, los niños tienen derecho a acceder a la información sobre sus orígenes genéticos al cumplir los 18 años; sin embargo, no se revela la identidad de la madre subrogante, que no suele ser la madre genética.

63. Al considerar el acceso a la información sobre los orígenes, existen muchos vínculos estrechos con la legislación y la jurisprudencia relativas a la adopción. En España, el ordenamiento jurídico protege el derecho a acceder a los orígenes y a la privacidad de los niños nacidos por gestación por sustitución, y la información relativa a la adopción y a cualquier cambio en la filiación es confidencial y no figura en el Registro Civil. No obstante, el niño puede acceder a esta información²⁹. Por otro lado, en Colombia, la jurisprudencia ha desarrollado el concepto de “verdad biológica”, también conocido como el derecho de las personas a conocer sus orígenes, lo que conlleva el derecho a conocer a sus progenitores. En este sentido, y en el contexto de la adopción, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar ha establecido un proceso administrativo para ayudar a aquellos que busquen a su familia biológica³⁰. Del mismo modo, El Salvador garantiza el derecho de la persona adoptada a saber quiénes son sus padres biológicos, calificando este derecho como irrevocable e imprescriptible, y establece también la responsabilidad de las autoridades competentes para salvaguardar esta información³¹. Camboya también cuenta con disposiciones en el contexto de la adopción que permiten que un niño de una madurez adecuada pueda acceder a sus registros, en particular los relativos a la identidad de sus padres³².

4. Los lazos genéticos y la determinación de la filiación legal

64. En la actualidad no existen normas internacionales que delimiten con claridad cómo deben determinarse la filiación y la responsabilidad parental en el contexto de la gestación por sustitución en general y de los contratos internacionales de gestación

²⁵ Véase la comunicación del Defensor del Pueblo de la Nación.

²⁶ Véase la comunicación de la Federación de Defensa de los Derechos de Lesbianas, Gais, Bisexuales, Transexuales y Transgénero de Suecia.

²⁷ Véase: <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-en.asp?fileid=27680&lang=en>.

²⁸ Véase la comunicación de Portugal.

²⁹ Véase la comunicación de España.

³⁰ Véase la comunicación de Colombia.

³¹ Véase la comunicación de El Salvador.

³² Véase la comunicación del Profesor Kasumi Nakagawa y los alumnos de la Universidad Pannasastra de Camboya.

por sustitución en particular. Como se indica en diversas jurisdicciones, los enfoques adoptados por los Estados varían y la filiación se establece antes o después del nacimiento en función del país. Además, es frecuente que los Estados tengan distintas reglas relativas a la filiación y la responsabilidad parental según se trate de gestación tradicional o por sustitución, lo que también depende de si uno de los padres o ambos padres futuros tienen una conexión genética con el niño.

65. El complejo reto de determinar la filiación se alivia parcialmente cuando, tras el nacimiento del niño, todas las partes mantienen la intención original reflejada en el contrato de gestación por sustitución. Independientemente del sistema jurídico, en la mayoría de los casos las madres subrogantes siguen adelante de manera voluntaria con su intención de transferir la filiación y la responsabilidad parental como parte de la renuncia contractual voluntaria posterior al nacimiento.

66. Del mismo modo, un sistema bien regulado que supervise la legalidad de los procedimientos a través de un órgano de supervisión designado, en particular la preaprobación de los contratos de gestación por sustitución, un proceso de asesoramiento verdaderamente independiente, el examen de ambos padres futuros y de las madres subrogantes y el consentimiento voluntario de las madres subrogantes, disminuirá de manera eficaz las probabilidades de que se inicien procedimientos para determinar la paternidad jurídica que pongan al menor en una situación de incertidumbre.

67. Fundamentalmente, el deseo de certidumbre no puede justificar los regímenes jurídicos basados en ignorar los derechos del niño, la madre subrogante o los futuros padres. En la práctica, ni la madre subrogante ni los futuros padres deberían verse obligados a mantener la responsabilidad parental de forma involuntaria, pues ser criado en tales circunstancias suele ser contrario al interés superior del niño.

68. La existencia de un vínculo genético ha tenido una importancia fundamental a la hora de determinar la paternidad, en particular tras un contrato internacional de gestación por sustitución. Por ejemplo, en Sudáfrica, siempre que la madre subrogante esté emparentada genéticamente con el niño, podrá impugnar un acuerdo de filiación preestablecido en un plazo de 60 días y recuperar la patria potestad. La oportunidad de la madre subrogante de impugnar la filiación parece ser especialmente importante cuando se produce un cambio significativo en las circunstancias que va en detrimento de los derechos del niño.

69. En varias jurisdicciones europeas, la decisión de si se ha de reconocer o no la paternidad establecida en el extranjero depende en gran medida de las decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que ha resuelto, en determinados casos, que cuando el niño tenga una conexión genética con uno de los futuros padres, el derecho del niño al respeto de la vida privada debe conducir al reconocimiento de la paternidad jurídica. Este razonamiento se observa también en una decisión del Tribunal Federal de Justicia de Alemania, que ha resuelto que deberá reconocerse una decisión extranjera sobre la paternidad si al menos uno de los futuros padres está emparentado genéticamente. En una modificación de una decisión anterior, el Tribunal sostuvo que el reconocimiento no iba en contra del orden público, aun cuando la gestación por sustitución es ilegal en Alemania, y estaba basado en el interés superior del niño, ya que la ley extranjera que permite la transferencia de paternidad a los futuros padres no contraviene los principios fundamentales del derecho alemán³³.

70. La importancia de la genética también se pone de manifiesto en la decisión del Tribunal Federal de Justicia de Suiza de 21 de mayo de 2015, que, si bien aceptaba la paternidad del futuro progenitor emparentado genéticamente con el niño, se negó a

³³ Véase, por ejemplo, Jens M. Scherpe, Claire Fenton-Glynn, Terry Kaan, *Eastern and Western Perspectives on Surrogacy*, Intersentia Studies in Comparative Family Law, 2019, págs. 35 a 58.

reconocer una sentencia del estado de California en relación con el futuro progenitor no emparentado genéticamente. La decisión del Tribunal se basa en el deseo de disuadir a los ciudadanos suizos de viajar al extranjero para eludir la prohibición nacional de la gestación por sustitución. Por lo tanto, al valorar el interés superior del niño, el Tribunal se centró en fomentar el bienestar de los niños en general mediante la prevención de la trata de niños y la protección de los niños frente a la posibilidad de ser tratados como mercancías, más que en el bienestar individual del niño en cuestión. El Tribunal apuntó, en cualquier caso, que el futuro padre no emparentado genéticamente podría, no obstante, adoptar al niño nacido por gestación por sustitución.

71. Por otra parte, la Suprema Corte de Justicia de México, en un caso de 2018 sobre gestación por sustitución, reiteró que uno de los elementos fundamentales para determinar la filiación era la “voluntad procreacional” de los padres, definida como el deseo de asumir a un hijo como propio aunque biológicamente no lo sea, y con ello, todas las responsabilidades derivadas de la filiación³⁴. En los tribunales de la Argentina se ha aplicado un concepto similar al de “voluntad procreacional” a fin de reconocer la filiación en el contexto de la gestación por sustitución³⁵.

72. El desarrollo de este concepto y de los procedimientos conexos constituiría una salvaguardia con respecto a la filiación en determinados casos concretos en los que no exista un vínculo genético entre el niño nacido por gestación por sustitución y los futuros padres.

E. Consideraciones generales

1. Venta de niños

73. Tras la presentación de su informe sobre la gestación por sustitución y la venta de niños en 2018, la Relatora Especial recibió una gran cantidad de reacciones tanto durante su diálogo interactivo con el Consejo de Derechos Humanos como después del mismo. Identificó tres respuestas principales a sus conclusiones: a) varios Estados y organizaciones de la sociedad civil rechazaron rotundamente la premisa de la venta en el contexto de la gestación por sustitución, argumentando que en ningún momento existe una transacción con el niño; b) un número considerable de interesados expresaron su preocupación por la confusión entre la venta y la gestación por sustitución, lo que podría dar lugar a la criminalización de las madres subrogantes y de los futuros padres, así como a posibles violaciones del derecho a la salud sexual y reproductiva; y c) otros Estados y organizaciones de la sociedad civil abogaron por la prohibición absoluta de la gestación por sustitución, sin excepción.

74. Teniendo en cuenta las observaciones anteriores, la Relatora Especial reitera la urgente necesidad de una regulación holística de la gestación por sustitución, en particular cuando se trata de los contratos internacionales de gestación por sustitución. La existencia de mecanismos de supervisión reviste vital importancia para prevenir cualquier venta y explotación de niños en el contexto de la gestación por sustitución.

75. Además, los derechos de acceso a los orígenes y a la identidad sirven como salvaguardia y respuesta a las actividades ilícitas, ya que ayudan a crear una mayor rendición de cuentas y garantizan el mantenimiento adecuado de registros y una transparencia apropiada.

³⁴ Véase la comunicación del Grupo de Información en Reproducción Elegida: https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/listas/documento_dos/2018-10/AR-553-2018-181023.pdf.

³⁵ Véase la comunicación del Defensor del Pueblo de la Nación.

76. Además, en lo que respecta al concepto específico de la venta de niños, si bien el análisis de la cuestión en cuanto a la gestación por sustitución sigue vigente (A/HRC/37/60, párrs. 41 a 51), es necesario matizarlo con mayor detalle teniendo en cuenta las diversas realidades de todo el mundo. La primera prioridad debe ser la prevención de la mercantilización de los niños, y en particular el rechazo del “derecho a tener un hijo” (*ibid.*, párrs. 64 y 65), al mismo tiempo que se garantizan los derechos de todas las demás partes interesadas implicadas.

77. Sin embargo, una interpretación estricta del concepto de la venta o la trata de niños como infracción penal puede tener consecuencias nefastas. Por ejemplo, en Camboya, 43 madres subrogantes fueron arrestadas y detenidas en virtud de lo dispuesto en el artículo 16 de la Ley de Eliminación de la Trata de Personas y la Explotación Sexual. Las madres subrogantes fueron puestas en libertad con la condición de mantener y criar a los niños nacidos por gestación por sustitución. Este caso pone de manifiesto los riesgos que entraña una aplicación estricta del derecho penal que no tenga en cuenta el interés superior del niño o los derechos de las madres subrogantes y de los futuros padres³⁶.

78. En esos contextos, la amenaza real de la explotación y la mercantilización de los niños, y potencialmente de las madres subrogantes, suele estar relacionada con el papel de los intermediarios. En general, ello se debe al ánimo de lucro de los intermediarios privados, cuya motivación principal es la conclusión satisfactoria del contrato de gestación por sustitución con escasa o ninguna consideración por los derechos de las personas implicadas.

79. Por consiguiente, es fundamental que se establezcan salvaguardias adecuadas en relación con la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución. Esas salvaguardias deberían centrarse en el consentimiento libre e informado de las madres subrogantes y en el papel de los intermediarios, y no deberían conducir a la criminalización de las madres subrogantes. En cuanto a los futuros padres implicados en casos de comisión de delitos, debe tenerse en cuenta que la criminalización normalmente no redundará en el interés superior del niño y, como se ha indicado anteriormente en el caso de dichos delitos, “se deben ofrecer y aplicar caso por caso alternativas a la privación de libertad” (observación general núm. 14, (2013)).

2. Derecho a la privacidad

80. Si bien el derecho a la privacidad no entra dentro del alcance del mandato de la Relatora Especial, esta desea llamar la atención sobre esta cuestión fundamental y alienta a otros mecanismos de derechos humanos a que efectúen un análisis profundo del asunto con miras a hallar el debido equilibrio entre los derechos a la identidad y al acceso al origen de los niños, como se ha indicado más arriba, y el derecho a la privacidad de las madres subrogantes y de los proveedores de gametos.

81. En el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya hay presentes dos excepciones a los derechos a la identidad y al acceso al origen, a saber, la factibilidad y la consideración primordial del interés superior del niño. Además, los llamamientos a la privacidad en favor de limitar el acceso a los orígenes son cada vez más irrelevantes habida cuenta de la mayor disponibilidad de datos basados en pruebas de ADN, a través de los cuales los niños nacidos mediante asistencia médica para la procreación pueden identificar a familiares genéticos.

82. En el plano nacional, se han hecho intentos por conciliar estos derechos. Por ejemplo, en Victoria (Australia), donde todos los niños concebidos por medio de donantes tienen igualdad de acceso a la información independientemente de su

³⁶ Véase la comunicación de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUDH), Camboya.

modalidad de concepción, existe un sistema de comunicación basado en preferencias y derecho de veto que les permite acceder a los datos de identificación del donante, mientras que estos pueden decidir si desean establecer algún tipo de contacto o ninguno en absoluto con sus descendientes³⁷. Cuando los niños concebidos por medio de donantes y nacidos a partir de 2010 soliciten su partida de nacimiento en su edad adulta, se les informará de que se dispone de más información acerca de su nacimiento. Si no tienen conocimiento de que fueron concebidos por medio de un donante, es probable que lo averigüen cuando pregunten acerca de esta información adicional³⁸.

83. El derecho a la privacidad de los niños nacidos por gestación por sustitución o de los niños nacidos de gametos donados también es importante. En muchas jurisdicciones, debe presentarse una partida de nacimiento para disfrutar de ciertos servicios oficiales, como la escolarización, la atención de la salud o las prestaciones estatales. Los Estados deben tener cuidado de preservar el derecho de estos niños a mantener sus orígenes en secreto ante cualquier persona que vea su partida de nacimiento. Una solución sería conservar esa información en un registro aparte, en lugar de en la partida de nacimiento, permitiendo que los niños tengan acceso a este registro una vez hayan alcanzado la madurez suficiente.

3. Salud sexual y reproductiva

84. Como se expuso en el informe anterior de la Relatora Especial al Consejo de Derechos Humanos (A/HRC/37/60, párr. 11), y se reitera en el presente, ninguna información consignada en ambos informes 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.

85. Aunque las consideraciones en este contexto no entran estrictamente dentro del alcance del mandato de la Relatora Especial, es fundamental reiterar de forma concisa las principales normas y principios internacionales de derechos humanos en lo que respecta a la salud sexual y reproductiva.

86. De conformidad con el artículo 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales presentó su observación general núm. 22 sobre el derecho a la salud sexual y reproductiva, uno de cuyos pilares básicos es “el derecho a adoptar decisiones y hacer elecciones libres y responsables, sin violencia, coacción ni discriminación, con respecto a los asuntos relativos al propio cuerpo y la propia salud sexual y reproductiva”.

87. Además, en el párrafo 7.3 del Programa de Acción aprobado en la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo en 1994, se define expresamente que los derechos reproductivos incluyen “el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva”.

88. Cabe señalar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido que la elección de procrear a través de la asistencia médica para la procreación forma parte de los derechos a la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar³⁹.

³⁷ Véase la comunicación de Australia.

³⁸ Véase la comunicación de la Victorian Assisted Reproductive Treatment Authority.

³⁹ Véase http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

89. Por último, como parte de las consideraciones con arreglo a los derechos en materia de salud sexual y reproductiva, es fundamental garantizar el acceso sin discriminación a toda una serie de establecimientos, bienes, servicios e información relativos a la salud. En el contexto de los contratos de gestación por sustitución, toda restricción basada en la orientación sexual o identidad de género de los futuros padres constituye una violación de sus derechos.

IV. Conclusiones y recomendaciones

A. Conclusiones

90. No cabe duda de que la gestación por sustitución ofrece nuevas oportunidades de formar una familia a aquellas personas que no pueden tener hijos, pero también plantea nuevos desafíos jurídicos y éticos. Existe una necesidad innegable de elaborar normas, estudios empíricos y nuevas investigaciones sobre sus efectos a largo plazo para todas las partes interesadas, en particular los niños.

91. La Relatora Especial ha observado que la prohibición de los contratos de gestación por sustitución efectuados en el extranjero es problemática, ya que suelen eludirse las leyes nacionales que prohíben la gestación por sustitución. Los Estados seguirán enfrentándose inevitablemente con contratos de gestación por sustitución efectuados en el extranjero, lo que planteará cuestiones relativas, entre otras cosas, a los derechos a la identidad, al acceso a los orígenes y al entorno familiar para el niño. Tales gestaciones por sustitución no deberían rechazarse o aceptarse automáticamente, siendo la única consideración válida el interés superior del niño.

92. Es necesaria una respuesta pragmática por parte de las jurisdicciones prohibicionistas en consonancia con las normas de derechos humanos, que incluya las salvaguardias suficientes para hacer frente a las violaciones más frecuentes de los derechos del niño. Los enfoques legislativos y normativos nacionales en el ámbito de la gestación por sustitución deberían basarse en un marco de derechos humanos que garantice los derechos humanos de todas las partes interesadas y evite las prácticas de explotación.

93. Por el contrario, en el contexto de los contratos internacionales de gestación por sustitución, las jurisdicciones que permiten la gestación por sustitución deberían verificar que los futuros padres procedentes del extranjero podrán regresar a sus países de origen con los niños nacidos por gestación por sustitución y que las autoridades de su país de origen reconocerán la filiación legal como parte de la evaluación y autorización previas al nacimiento.

94. El análisis de los diversos documentos recibidos demuestra que, a pesar de que el interés superior del niño se menciona con frecuencia en la mayor parte de la legislación examinada, a menudo existe una falta de detalle con respecto a los elementos constitutivos de esas determinaciones, a pesar del hecho de que, en el contexto específico de la gestación por sustitución, las evaluaciones y determinaciones relativas al interés superior del niño son fundamentales. La cuestión de si la determinación del interés superior de los niños nacidos por gestación por sustitución debería llevarse a cabo mediante un procedimiento judicial o administrativo es decisión discrecional del Estado y depende de las circunstancias de cada caso.

95. Como puede observarse en varios ejemplos que se presentan en este documento, el poder judicial se enfrenta a menudo con la compleja y difícil

elección entre reconocer un hecho consumado en lo que respecta a la filiación, incluso en los casos en que no existen salvaguardias, y tomar una decisión autónoma a fin de garantizar los derechos del niño.

96. Debe alentarse a los Gobiernos a que elaboren normas internacionales a través, por ejemplo, del proyecto sobre filiación y gestación por sustitución de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. La elaboración de una convención internacional a través de la Conferencia de La Haya tenderá puentes entre los distintos sistemas jurídicos en torno a cuestiones relacionadas con la filiación y garantizará la seguridad jurídica de los niños y los padres en los contratos internacionales de gestación por sustitución. Sin embargo, el proyecto no resolverá todas las cuestiones, ya que no se trata de derecho sustantivo, y no pretende unificar las prácticas en torno a la gestación por sustitución.

97. Para regular los contratos de gestación por sustitución se necesita una solución provisional en forma de una ley modelo que se adapte y contextualice en diversas jurisdicciones o un conjunto de principios mínimos comúnmente acordados que rijan la práctica desde una perspectiva de derechos humanos multidimensional y holística.

98. Con unos enfoques tan divergentes en el ámbito de la gestación por sustitución en todo el mundo, la presentación de un instrumento internacional que la regule se arriesga a enfrentarse a importantes obstáculos. No obstante, habida cuenta de los riesgos muy reales para los derechos del niño y los derechos de las demás partes interesadas, es fundamental elaborar un conjunto de salvaguardias mínimas que puedan aplicarse independientemente de la postura de los Estados respecto a la maternidad por sustitución. Las recomendaciones que figuran a continuación tratarán de elaborar un conjunto de normas mínimas para salvaguardar los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución.

B. Recomendaciones

1. En el plano nacional

99. La Relatora Especial exhorta a los Estados a:

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

b) Incorporar en la legislación interna la prohibición de la venta de niños, 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.

100. En lo que respecta a la evaluación del interés superior del niño y las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución, la Relatora Especial exhorta a los Estados a que:

a) Velen por que el principio fundamental del interés superior del niño, según lo estipulado en el artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño y ampliado en la observación general núm. 14 del Comité de los Derechos del Niño, sea la consideración primordial en todas las decisiones judiciales y administrativas, la legislación pertinente y las políticas y prácticas para la adopción de decisiones relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución, teniendo debidamente en cuenta la necesidad de un enfoque basado en los derechos, con la participación de todos los interesados;

b) Examen y, en caso necesario, modifiquen la legislación nacional para cumplir el principio del interés superior del niño mediante la aplicación de una dimensión triple del concepto de interés superior del niño, a saber: i) el derecho sustantivo del niño a que su interés superior sea evaluado y constituya la consideración primordial; ii) un principio jurídico interpretativo fundamental según el cual la interpretación más eficaz sea elegida como interpretación jurídica; y iii) una norma de procedimiento que exija que la determinación del interés superior del niño se incorpore como parte del proceso de adopción de decisiones que afectan al niño;

c) Determinen, caso por caso, el contenido sustantivo en lo que respecta al concepto de interés superior del niño mediante la interpretación y aplicación del artículo 3, párrafo 1, de la Convención sobre los Derechos del Niño, permitiendo que los legisladores, los jueces y las autoridades administrativas, sociales o educativas aclaren el concepto y lo pongan en práctica de manera concreta con arreglo a la situación específica del niño afectado y teniendo en cuenta su contexto, situación y necesidades personales⁴⁰;

d) En consulta con las partes interesadas pertinentes, entre ellas, cuando sea posible, los niños nacidos por gestación por sustitución, inicien reformas jurídicas para poner al día las leyes, reglamentos o prácticas existentes para el establecimiento, el reconocimiento y la impugnación de la filiación legal, indicando de forma específica cómo debe tenerse en cuenta el interés superior del niño en el contexto de los contratos de gestación por sustitución y señalando casos en los que se requeriría y mantendría una mayor supervisión judicial de la orden parental;

e) Velen por que la judicatura, los órganos legislativos, los servicios consulares en el extranjero y funcionarios de inmigración, los encargados de formular políticas y los encargados de adoptar decisiones que participan directa o indirectamente en las cuestiones que afectan a los niños nacidos por gestación por sustitución conozcan y reciban capacitación en el ámbito de la determinación del interés superior y de las salvaguardias mínimas aplicadas por el país receptor en el contexto de los contratos internacionales de gestación por sustitución.

La no discriminación y el derecho a la salud de los niños nacidos por gestación por sustitución

101. La Relatora Especial exhorta además a los Estados a que adopten las medidas siguientes con respecto a la no discriminación y el derecho a la salud de los niños nacidos por gestación por sustitución:

a) Garantizar el principio de no discriminación de los niños nacidos por gestación por sustitución por motivos prohibidos, tales como el género, la raza, la orientación sexual, la religión o las creencias, la identidad cultural, el estado civil (de los futuros padres), la nacionalidad, la clase o la casta, la discapacidad o cualquier otra condición;

b) Poner a disposición de la madre subrogante y el niño nacido mediante un contrato de gestación por sustitución la cobertura de atención sanitaria y determinar quién debería ser responsable de dicha cobertura en el sistema nacional de atención de la salud;

⁴⁰ CRC/C/GC/14, párr. 32.

Derechos a la identidad, al acceso a los orígenes y al entorno familiar

c) Velar por que las decisiones judiciales, las leyes, las políticas y las prácticas relativas a los niños nacidos por gestación por sustitución respeten su derecho a la identidad y se tomen debidamente en cuenta al evaluar el interés superior del niño;

d) Preservar, en todos los casos, toda la información pertinente y establecer y mantener registros y expedientes nacionales que contengan información sobre los orígenes genéticos y gestacionales de los niños nacidos por gestación por sustitución, a través de los cuales los niños puedan acceder a los mismos en consonancia con la evolución de sus facultades y su madurez y con sujeción al contexto cultural del país, en particular en lo que respecta al uso de gametos de donantes: independientemente de la determinación de la filiación, deberían existir salvaguardias amplias para garantizar que los expedientes de los contratos de gestación por sustitución se mantengan en orden a fin de permitir a los niños nacidos por gestación por sustitución acceder a la información sobre sus orígenes;

e) Garantizar el derecho de los niños nacidos por gestación por sustitución a acceder a información sobre su identidad y origen, incluidos sus orígenes culturales, étnicos, religiosos y lingüísticos, en consonancia con la evolución de sus facultades y de conformidad con las disposiciones jurídicas del país en cuestión;

f) Poner en marcha un mecanismo que permita el proceso de solicitud de registro de todos los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución, independientemente de la intención de los futuros padres de solicitar una orden parental en el país receptor;

g) Iniciar un examen (judicial o administrativo) posterior al nacimiento para evaluar si los contratos de gestación por sustitución cumplen con los requisitos procesales y otras salvaguardias mínimas, con miras a evaluar la paternidad jurídica establecida a nivel nacional o en el extranjero, al tiempo que se garantiza que el niño no quede en una situación de incertidumbre jurídica;

h) Elaborar políticas y acuerdos internacionales a fin de minimizar la separación de los niños nacidos por gestación por sustitución de los futuros padres durante el examen de la transferencia de la paternidad jurídica y evitar imponer la carga de la responsabilidad sobre las madres subrogantes contra su voluntad;

i) En los casos de abandono o de negativa a transferir la paternidad jurídica, debe existir un marco claro que garantice que los futuros padres o las madres subrogantes no puedan renunciar a la responsabilidad parental hacia el niño nacido por gestación por sustitución hasta que se encuentre una modalidad alternativa de cuidado apropiada.

Datos

102. La Relatora Especial exhorta además a los Estados a que adopten las medidas siguientes con respecto a los datos:

a) Poner en marcha medidas para supervisar, registrar y recopilar de manera centralizada datos completos y desglosados sobre el grado y el alcance de los contratos de gestación por sustitución, tanto a nivel nacional como en el extranjero, las órdenes parentales emitidas y los acuerdos de seguimiento llevados a cabo en consonancia con la determinación del interés superior de los niños nacidos por gestación por sustitución;

b) **Garantizar la recopilación de datos sobre intermediarios y clínicas de fecundidad que facilitan los contratos de gestación por sustitución.**

La protección de los niños contra la venta, el abuso y la explotación

103. La Relatora Especial reitera, a este respecto, las recomendaciones de su informe anterior sobre la gestación por sustitución (A/HRC/37/60) y exhorta a los Estados a que:

a) **Velar por que las leyes y políticas que prohíben la venta, la trata, el abuso y la explotación de los niños, así como las salvaguardias generales contra la venta y la trata de niños, se apliquen en el contexto de la gestación por sustitución;**

b) **En los casos en que operen intermediarios, registrar y regular estrictamente su comportamiento para garantizar que no se produzcan la mercantilización de niños y, en última instancia, la venta de niños.**

2. En el plano internacional

104. La Relatora Especial acoge con beneplácito otras iniciativas internacionales en curso sobre la gestación por sustitución y alienta a otros mecanismos de derechos humanos, en particular el Comité de los Derechos del Niño y el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, así como a otros mandatos de procedimientos especiales y otros organismos de las Naciones Unidas, a que examinen la cuestión de la gestación por sustitución con miras a elaborar un marco holístico al respecto, basado en los derechos humanos.

105. La Relatora Especial exhorta a la comunidad internacional a que respalde una amplia labor de investigación y reunión de datos sobre las prácticas de gestación por sustitución existentes, en particular sobre la experiencia de todas las partes interesadas, a saber, las madres subrogantes, los futuros padres y los niños nacidos por gestación por sustitución, y a que considere la posibilidad de elaborar una ley modelo basada en las pruebas científicas y las buenas prácticas acerca de la forma en que los Estados han aplicado el principio del interés superior del niño en el contexto del derecho interno y una ley internacional pública que rijan los contratos internacionales y transnacionales de gestación por sustitución.

106. La Relatora Especial reitera su llamamiento a la comunidad internacional para que apoye la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, en particular en lo que respecta al proyecto sobre filiación y gestación por sustitución; y exhorta a la Conferencia de La Haya a que incluya salvaguardias que deberán cumplirse antes de la concepción, durante el embarazo y después del nacimiento, con vistas al reconocimiento de la filiación legal.

107. La Relatora Especial alienta a la organización Servicio Social Internacional a que siga desarrollando principios internacionales para la protección de los derechos del niño en el contexto de la gestación por sustitución, en estrecha consulta con las partes interesadas pertinentes.

108. La Relatora Especial reitera su recomendación anterior de que nada de lo dispuesto en las presentes recomendaciones deberá suponer que las mujeres, en particular las que actúan como madres subrogantes, no puedan tomar decisiones independientes sobre la autonomía de sus propios cuerpos durante el embarazo.