

# Por una prohibición efectiva sobre la gestación subrogada en Derecho Internacional

Grégor PUPPINCK, PHD y Claire de LA HOUGUE, PHD.

*EUROPEAN CENTRE FOR LAW AND JUSTICE*

STRASBOURG, SETIEMBRE 2015

(Traducido del francés)

La gestación subrogada se convierte en una industria internacional, personas solteras o parejas, viajan al extranjero para obtener un niño, con frecuencia, en fraude a su legislación nacional. Numerosas disposiciones de Derecho Internacional han sido elaboradas con el preciso objetivo de luchar contra la explotación de las mujeres, el tráfico de personas o la venta de niños, estas prohíben esta práctica bajo distintos aspectos pero en nuestros días no son muy aplicadas.

La gestación subrogada puede ser el tema de una nueva ley específica al Derecho Internacional, sea que se trate de un convenio o de un protocolo complementario a un actual convenio o más sencillamente, una enmienda a un convenio existente. Esta última solución, es la más simple de poner en práctica y permitiría en lo inmediato, incluir la abolición de la Gestación Subrogada en la agenda del Consejo de Europa y de las Naciones Unidas.

Introducción .....	2
I. Los convenios existentes pertinentes.....	5
B. Adopción .....	6
A. La venta del niño.....	7
C. La trata.....	7
D. La explotación de la función reproductora de las mujeres.....	9
II. Un instrumento internacional específico dedicado a la gestación subrogada ....	10
A. Un nuevo instrumento .....	10
B. Modificar un acuerdo existente .....	13

## ***Introducción***

En la gestación subrogada, el niño es objeto de un contrato. Él esta concebido para ser parte de un contrato, transferido después de su nacimiento por la madre gestante a la(s) persona(s) contratante(s) y su filiación, es a la vez, manipulada biológicamente (la opción de la donante del ovulo según las características genéticas y del diagnostico de pre-implante) y jurídicamente (registrado falsamente como el hijo de uno o de los contratantes). Es así, entonces, que es tratado como un bien del que se puede disponer.

La maternidad subrogada es frecuentemente presentada como un método que permite a una pareja, en la cual la mujer sufre de un defecto en el útero para concebir un niño de su propia sangre y le confía la gestación a una tercera persona, de preferencia una voluntaria. En los hechos, la gestación subrogada es mayormente comercial y con frecuencia realizada para el beneficio de las parejas, en las cuales, la mujer esta en la menopausia o para los hombres solteros. Cuando se trata de una gestación subrogada para un hombre soltero, consiste simplemente en alquilar una mujer para obtener de ella un niño, que deberá abandonar al momento del nacimiento contra un pago.

La gestación subrogada hace parte del aumento de un competitivo mercado internacional. El precio por un niño y las prestaciones varían considerablemente, implantado, después de un diagnostico pre-implantatario (DPI) con la elección de características físicas, particularmente el sexo, puede variar de 10,000 € en India a 100,000 € en los Estados Unidos. En materia de fiscalidad de las empresas o de la investigación biomédica, la competencia depende ampliamente de las diferentes

legislaciones nacionales, los países con una legislación más liberal se benefician de una ventaja competitiva.

En Europa, la gestación subrogada está prohibida en la mayoría de países, tolerada en algunos como en Bélgica, autorizada en otros (El Reino Unido, Rusia, Ucrania, Grecia). En Rusia, la maternidad subrogada es practicada legalmente desde 1995, un niño puede costar alrededor de 50,000 €. En el 2012, mil nacimientos fueron reportados y es accesible a todas las personas solteras con la venta de gametos. Desde 1997 está autorizada en Ucrania, únicamente para las parejas casadas, desde entonces el mercado habría aumentado un 40% anualmente. En el Reino Unido, está permitido desde 1985. La madre gestante puede recibir una indemnización de 15,000 €. La filiación con respecto a los contratantes no puede ser establecida sin el consentimiento de la madre gestante hasta después del nacimiento; un centenar de casos han sido reportados cada año. En cambio, aproximadamente un millón de británicos han viajado a India para una gestación subrogada. En los Estados Unidos, la gestación subrogada es practicada desde 1970. Según las estimaciones, habría entre 1400 a 4000 nacimientos cada año. Las leyes varían según los estados. La madre gestante no puede aspirar a un derecho parental y recibe entre 15,000 y 25,000 \$. Los criterios de selección de las madres gestantes son bastante estrictos. Esto puede costar más de 100,000 \$ a los padres intencionales, con opciones de pago (multiplicación de madres gestantes para que sea más rápido, eliminación de bebés excedentarios, gemelo adicional por una fracción del costo, elección del sexo, el color de los ojos...) En India, la gestación subrogada es legal después del 2002, un bebé cuesta entre 18,000 y 30,000 \$. Existen más de mil clínicas en el país, con una cifra de ventas estimada a 2 billones de dólares por todo el conjunto del turismo reproductivo. Es la combinación entre la pobreza del pueblo y el liberalismo legislativo que permite la explotación de este mercado en India.

Frente a tal fenómeno, salta una duda sobre su regulación. La respuesta a esta cuestión depende de varios factores, en particular la importancia dada a las ganancias financieras obtenidas mediante esta práctica, de la moralidad al interés de los niños, al de las madres gestantes, a la dignidad humana y a la sensibilidad emotiva del deseo de un niño por los contratantes.

El Derecho Internacional abarca numerosas medidas aplicables a la maternidad subrogada bajo distintos aspectos. Principalmente, se trata de normas relacionadas con los derechos de los niños y la prohibición de la venta del niño, de su trata, así como de las leyes relacionadas con la adopción internacional. Ciertos casos de gestación subrogada constituyen abiertamente la venta de un niño, el fraude de adopción internacional y otros incluso implican la trata de la madre gestante.

Como muestra el desarrollo del mercado de la gestación subrogada, estas normas internacionales son poco aplicadas. Del punto de vista de los países pobres, esta práctica permite crear a bajos costos un sector económico muy rentable y fuente de divisas, del punto de vista de los países importadores de niños, las autoridades penalizan un poco o nada a los contratantes y tienden a mantener esta práctica, particularmente bajo la condición del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos.

La elección que se le impone al legislador es generalmente presentada como una alternativa, entre la prohibición de la maternidad subrogada o su encuadre. Esta elección es fundamental y debería trabajarse en dos partes: primero, llevar a cabo un juicio de la misma práctica de la gestación subrogada y después considerar cuál es la mejor respuesta a la misma. El riesgo sería de no juzgarla en sí misma en nombre de la moral casuística, así como las otras prácticas problemáticas como la prostitución o el tráfico de drogas.

Una sociedad fundada en valores, basados particularmente en los derechos humanos, no puede excluir, frente a una sociedad puramente liberal, emitir un juicio moral sobre la práctica de la gestación subrogada en sí misma. Sin embargo, es en este sentido liberal que la Conferencia de La Haya parece orientarse, contemplando la “regulación” de esta práctica y haciendo legítimo este principio. Al contrario, otras autoridades y numerosos estados que escogieron prohibir la gestación subrogada son frecuentemente desprovistos de medios para hacer respetar esta prohibición, especialmente cuando son confrontados al hecho realizado.

La abolición, está en una posición de principio que responde a un juicio moral sobre la gestación subrogada en sí misma, de la misma manera que la prohibición del tráfico de drogas y la prostitución. La prohibición es fácil de concebir jurídicamente y muchos estados que prohíben esta práctica internamente podrían comprometerse a establecerla en el orden internacional. Es conveniente, tomar en cuenta que el Derecho Internacional se expande como una mancha de aceite, por la adhesión progresiva a sus principios. Lo más importante es de poder presentar el principio de la abolición de la gestación subrogada al orden jurídico internacional para que, posteriormente, sea extendido su reconocimiento y su efectividad. Así de la misma manera que, por ejemplo, la abolición progresiva de la pena de muerte. Finalmente, la prohibición internacional de la maternidad subrogada no obstruye a los estados a regular la situación de los niños nacidos por sustitución.

El encuadre propuesto requeriría de un enfoque liberal. Esto implicaría aceptar el principio de la práctica de la gestación subrogada, que también aspiraría a su organización. Todo es, entonces, cuestión del grado de “coacción” que la sociedad está dispuesta a ejercer sobre la “libertad” de los contratantes, sabiendo que según la lógica de la libertad, la coacción debe ser mínima. Esta obligación se podría ejercer para “enmarcar” las condiciones del reconocimiento interestatal del estado civil del niño, pero también las condiciones relacionadas con el contrato de la gestación subrogada, las condiciones de vida de las madres gestantes, etc.

En realidad, en casos particulares es ilusorio querer admitir una restricción para prevenir el abuso, como en el Reino Unido o en Bélgica en donde los residentes son numerosos en viajar al extranjero para escapar de las reglas aplicadas en su país, alimentando precisamente la explotación de las mujeres y el mercadeo de niños. De esta forma, la investigación dirigida por el *London Sunday Telegraph*, mostró que en el 2011 los británicos habían practicado 100 gestaciones subrogadas en el Reino Unido contra 1000 en India, los británicos viajaban a India, porque el procedimiento era más rápido, más barato y menos restringido.

Un “encuadre” de la Gestación Subrogada no resolverá los problemas inherentes a esta práctica sino solamente de los aspectos secundarios como la instauración del

estado civil del niño. Las reglas que determinan las condiciones de acceso a la maternidad subrogada serían evadidas, dirigiéndose a un país donde sean más flexibles. El enmarco relacionado con las condiciones de producción y venta de niños podría ser solamente efectiva en los países que acepten y que dispongan de los medios para hacerlo respetar. Por analogía, el encuadre de la prostitución en los Países Bajos y en Alemania no impidió el tráfico y la explotación sexual, estos países regresan a un modelo de prohibición más estricto.

Así pues, un encuadre legitimaría la gestación subrogada y desarrollaría el mercado, sin resolver los problemas graves inherentes a esta práctica. Más allá, la experiencia muestra que muchas personas deseosas de tener un niño, a todo precio, no dudan en esquivar las leyes y viajan al extranjero, sabiendo que en su país se les autoriza bajo ciertas condiciones.

La elección entre la abolición y el encuadre debe ser realizado, no solamente, bajo el objetivo de la efectividad de cada opción, sino que, primero en función de la sociedad que deseamos construir.

Esta elección no se elige de la nada, existen normas aplicadas a ciertos aspectos de la gestación subrogada, específicamente relacionadas con la adopción, la venta del niño y el tráfico. En realidad, la gestación subrogada, en particular la internacional, puede adjuntarse a varias prácticas ya existentes que son tema en los convenios (I). Sin embargo, sin la firme voluntad política de aplicarlas a la gestación subrogada, esos instrumentos no son suficientes. Es entonces, necesario afirmar explícitamente que la gestación subrogada va en contra del Derecho Internacional y es necesario dedicarle un instrumento específico (II).

## ***I. Los convenios existentes pertinentes***

La gestación subrogada atenta contra los Derechos del Niño así como los de las mujeres empleados para gestarlos. Tratándose de niños, recordemos en particular el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que dice *“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial”*, el artículo 7 donde se menciona que el niño tiene *“en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”* y el artículo 8 en el que afirma *“los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad.”*

En cuanto a la madre gestante, ella es considerada solo por sus capacidades reproductivas, como una incubadora, no como una persona humana, lo que es contrario claramente a su dignidad. Ella es obligada, con un grado variable de obligación, según las circunstancias, a alquilar su cuerpo lo que es la definición de la prostitución. Como señala el artículo 6 de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer *“los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.”*

La gestación subrogada entra particularmente en el campo de aplicación del Derecho Internacional relacionado con la adopción, la venta de niños y el tráfico.

## **B. Adopción**

En ciertos países la adopción es utilizada para validar una gestación subrogada. Así como en Bélgica, esta práctica no está autorizada abiertamente, pero si el hombre contratante es efectivamente el padre biológico entonces puede reconocer al niño. La filiación será establecida con respecto a él y su esposa podrá adoptarlo. En Francia, la adopción es un medio utilizado por las organizaciones de gestación por sustitución, antes que la jurisprudencia ponga un final a estas prácticas. La gestación subrogada consiste, también, a “fabricar huérfanos” o niños adoptables, cuando este es realizado con gametos de terceras personas.

Como la adopción, la gestación subrogada supone que la madre, la que da a luz, renuncie al niño. Igualmente que las adopciones, muchas de las gestaciones por sustitución son internacionales. Puesto que la gestación subrogada se asemeja a la adopción, a veces esta utiliza el Derecho Internacional relacionado con la adopción, al menos, por analogía se puede aplicar, en particular, en la Convención de la Haya sobre la Protección de los Niños y la cooperación en materia de Adopción Internacional de 1993 y la Convención Europea en materia de adopción de Niños (revisada) del 2008.

Sin embargo, tanto la Convención de la Haya (Art.4) como la Convención Europea en materia de Adopción (Art.5) exigen que el consentimiento de los padres no haya sido obtenido mediante un pago o compensación de ningún tipo y que el consentimiento de la madre se haya dado únicamente después del nacimiento del niño (Convención Europea sobre la Adopción establece que este plazo no podrá ser inferior a seis semanas). Además, el Derecho Internacional relativo a la adopción prohíbe el contacto entre las familias adoptivas y las biológicas hasta que se dé el consentimiento, lo que es, después del nacimiento (Art. 29 de la Convención de La Haya). La Convención de la Haya (Art. 32) y la Convención Europea sobre la Adopción (Art.17) precisan *“Nadie podrá obtener indebidamente un provecho económico o de otro tipo de una actividad relacionada con la adopción de un menor,”* lo que corresponde al artículo 21 d) de la Convención sobre los Derechos del Niño. Todas estas disposiciones son violadas por la gestación subrogada.

El objetivo de estas convenciones es, como lo afirma el artículo 1 de la Convención de la Haya *“Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y (...) prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños.”* El Comité de Derechos del Niño considera fuertemente

que la adopción internacional ilegal como la venta del niño.<sup>1</sup>

## A. La venta del niño

Las disposiciones del Derecho Internacional relativas a la venta del niño son también aplicables, por lo menos cuando el niño nacido de una madre subrogada es entregado a cambio del pago de una o más personas, sobre todo cuando el niño y los compradores no tienen ningún vínculo genético.

Un instrumento ampliamente ratificado (169 Estados Partes) que se dedica específicamente a la venta de niños es el Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil poniendo en escena a los niños, del 25 de mayo de 2000. El artículo 1 prohíbe la venta del niño a lo que el artículo 2 define 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 gestación subrogada, en la gran mayoría de los casos, muestra la venta de niños en virtud de un contrato, la madre o la intermediarios dan al niño al (los) contratante(s) a cambio de una remuneración, o, a veces otros beneficios.

La venta o la trata de niños está prohibida por el Derecho Internacional *“para cualquier fin o en cualquier forma”* (Art. 35 de la Convención sobre los Derechos del Niño). Ya sea una forma particular no impide la gestación subrogada de ser manifiestamente contraria al Derecho Internacional vigente.

## C. La trata

El artículo 3 del Protocolo adicional a la Convención de la ONU contra la delincuencia organizada transnacional aspira a prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, y en el artículo 4 de la Convención de Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos estipula:

*“a) Se entiende por “trata de seres humanos” el reclutamiento, transporte, transferencia, alojamiento o recepción de personas, recurriendo a la amenaza o uso de la fuerza u otras formas de coerción, el secuestro, fraude, engaño, abuso de autoridad o de otra situación de vulnerabilidad, o el ofrecimiento o aceptación de pagos o ventajas para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con vistas a su explotación. La explotación comprenderá, como mínimo, la explotación de la prostitución de otras personas u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extirpación de órganos;*

---

<sup>1</sup> Observaciones finales Francia CRC/C/OPSC/FRA/CO/1, 15 octubre 2007, § 18

*b) el consentimiento de una víctima de la “trata de seres humanos” a la explotación pretendida, tal como se describe en la letra a) del presente artículo, será irrelevante cuando se utilice cualquiera de los medios a que hace referencia la misma letra a)”*

Tratándose de una gestación subrogada, el niño es transferido a la madre contratante contra una remuneración. Aunque los padres contratantes tienen en su mayoría buenas intenciones hacia él, el niño es tratado como una propiedad del que se dispone bajo un contrato, que es una reminiscencia de la definición de esclavitud: *“La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”*, según la Convención sobre la esclavitud de 1926.

En ciertas circunstancias, la situación de las madres de alquiler también señala de la trata de personas, especialmente en Asia. Las mujeres son reclutadas en los pueblos con los mismos métodos que las prostitutas: promesa de un trabajo, la violación, el confinamiento fuera de su casa y la confiscación de sus documentos. La contratación también puede tomar la apariencia de un contrato libre, pero la situación económica de estas mujeres hace que no puedan rechazarla, ellas están de acuerdo para poder alimentar, curar o enviar a sus hijos a la escuela. Con el pretexto de estar bien alimentadas y cuidadas, ellas se mantienen en las “granjas de bebés”, de donde por lo general no salen, separados de sus familias durante todo el embarazo. El niño nace con más frecuencia, por cesárea, no por razones médicas sino para que el nacimiento coincida con la fecha de los billetes de avión de los contratantes. Ciertamente, la madre ha dado en principio su consentimiento. Sin embargo, las disposiciones anteriores especifican que el consentimiento de la víctima es irrelevante una vez obtenido *“por la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, raptó, fraude, engaño, abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o por la concesión o recepción de pagos o beneficios”*.

La existencia de una remuneración puede corromper el consentimiento de la madre y de una manera muy evidente, esta remuneración es más alta con relación al nivel de vida de la madre gestante. En India, la remuneración de una madre de alquiler (entre 1.500 y 5.000 €) es de 3 a 10 años de salario de fabricación. Incluso en gestación por sustitución voluntaria, es legítimo cuestionarse sobre la calidad del consentimiento. El ponente Yves Chartier<sup>2</sup> se duda de la realidad del consentimiento de las mujeres que portan un niño para otros, en vista de las razones dadas, como el deseo de redimir un aborto anterior. La madre también puede ser objeto de chantaje emocional e incluso promesas o amenazas relacionadas con su empleo. Esto es, el caso, en relación con la donación de óvulos en Francia, como lo subraya el IGAS.<sup>3</sup> Esto hace eco al abuso de poder o a una situación de vulnerabilidad.

---

<sup>2</sup> Informe Yves Chartier, sous Cass. Plén. 31 mayo 1991 n° 90-20105, D. 1991 p. 417

<sup>3</sup> Inspección General de Asuntos Sociales, *Etat des lieux et perspectives du don d'ovocytes en France*, Febrero 2011, Documentación francesa, p. 25  
<http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/114000113/0000.pdf>



## D. La explotación de la función reproductora de las mujeres

La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, fue adoptada el 18 de diciembre de 1979, entró en vigor el 3 de septiembre de 1981 y es aplicable en esta situación. El artículo 6 dispone que los Estados partes *“tomarán todas las medidas apropiadas, incluso de carácter legislativo, para suprimir todas las formas de trata de mujeres y explotación de la prostitución de la mujer.”* El artículo 11.f) agrega que los Estados partes deben asegurar precisamente *“el derecho a la protección de la salud y a la seguridad en las condiciones de trabajo, incluso la salvaguardia de la función de reproducción.”* Esto implica perfectamente la explotación de la función reproductora de las madres portadoras. Después de haber mencionado la lista de los derechos específicos, el artículo 11 dispone en el alinea tres, *“la legislación protectora relacionada con las cuestiones comprendidas en este artículo será examinada periódicamente a la luz de los conocimientos científicos y tecnológicos y será revisada, derogada o ampliada según corresponda.”* La ampliación de la práctica de la gestación subrogada, causada sobre todo por la vulgarización de las técnicas de fecundación *in Vitro* (FIV), crea sin lugar a duda la necesidad de revisar las leyes nacionales.

Otras disposiciones de Derecho Internacional se oponen a la gestación subrogada, incluida la Convención Europea sobre la condición jurídica de los niños nacidos fuera del matrimonio adoptada el 15 de octubre 1975, que establece explícitamente en el artículo 2 que *“el hecho del nacimiento determinará de por sí la filiación materna con respecto a la mujer que haya tenido el hijo”*. Este Convenio fue firmado por Francia el 2 de septiembre de 1977 y ratificado por 23 estados miembros del Consejo de Europa como Grecia 15 de junio 1988, Ucrania 26 marzo de 2009 y el Reino Unido 24 de febrero 1981.

El informe explicativo de esta Convención establece que *“[e]l principio de que fue adoptado por la Convención y que está en vigor en la mayoría de los Estados miembros del Consejo de Europa es el de la creación automática de la filiación materna por el solo hecho de nacer, es decir del parto”*. La única posibilidad de reserva que prevé esta disposición es de permitir la práctica de los partos bajo X. Tal reserva debería hacerse al momento de adherirse a la Convención.

Para concluir este rápido y no exhaustivo inventario, existen muchas disposiciones del Derecho Internacional que se oponen a la gestación subrogada en varios aspectos, sin embargo, estas son pocas o no se aplican. El Reino Unido aplicó a la maternidad subrogada, determinadas disposiciones de subrogación relativas a la adopción, no obstante, en Rusia, no se condena la práctica de engendrar un hijo por fecundación *in Vitro*, hacer traer una madre de alquiler y venderlo a una pareja que no tienen ninguna relación con él.

La aplicación de estas disposiciones en la gestación subrogada depende en gran medida de la buena voluntad de los Estados, así como, de la existencia de mecanismos de petición individuales o de vigilancia en el cumplimiento de las

obligaciones asumidas por los Estados. Esto es una manera de explorarlas, aunque se haya vuelto difícil pues los niños, que son las principales víctimas de esta práctica, aún no tienen la edad suficiente para ir a la corte; con respecto a las madres gestantes, ellas también son víctimas y a menudo son conscientes e incluso son cómplices de esta práctica.

La práctica de la subrogación sólo puede ser contrarrestada por una voluntad política común, por un número suficiente de estados influyentes, decidiendo aplicar la ley existente y complementarla con normas específicas.

## ***II. Un instrumento internacional específico dedicado a la gestación subrogada***

Se necesita un instrumento internacional para dirigirse específicamente a la gestación subrogada. Sin embargo, la dificultad es de llegar a un acuerdo, debido a los enormes intereses financieros que están en juego; no solo sería en India, donde el turismo reproductivo es un mercado de dos mil millones de dólares. La presión sobre los estados para evitar que se prohíba la gestación subrogada es enorme.

Tal instrumento podría desarrollarse dentro de las Naciones Unidas o en el Consejo de Europa, este es particularmente adecuado ya que reúne a la mayoría de los estados cuyos connacionales son clientes de la gestación subrogada y muchos países proveedores de los niños, como Rusia y Ucrania. Otro obstáculo, son los pesos pesados de la diplomacia, especialmente Rusia, India, los EE.UU. y el Reino Unido, que se encuentran actualmente en favor de la legalización de la subrogación.

Hay dos maneras posibles con las que los estados se pueden comprometer a suprimir esta práctica: la primera, la adopción de un nuevo tratado (Convenio o Protocolo) dedicada específicamente a la gestación subrogada, y la segunda, modificar un acuerdo existente.

La abolición de la gestación subrogada en el Derecho Internacional sólo puede ser el resultado de una toma de conciencia moral internacional sobre la indignidad de esta práctica. Cualquier conciencia es gradual y requiere una fuerte movilización. El progreso del Derecho Internacional es siempre el resultado del activismo de algunos actores gubernamentales. Entonces, el principal papel de las ONG es impulsar a los actores gubernamentales e internacionales para discutir un nuevo tema y adoptar las medidas necesarias en la extensión del Derecho Internacional existente. Por lo tanto, necesitamos una parte de activismo para avanzar en el Derecho Internacional. Aunque algunas iniciativas no dan lugar a la adopción de una Convención, son útiles para imponer el tema y hacer avanzar la conciencia y el derecho.

### **A. Un nuevo instrumento**

Este nuevo instrumento podría ser un convenio o un protocolo complementario a un convenio existente. El desarrollo de un instrumento de este tipo podría ser -y fue- considerado en particular dentro del Consejo de Europa y la Conferencia de La Haya sobre el derecho privado.

#### 1. En el Consejo de Europa

El estatuto del Consejo de Europa (Art. 15) prevé que el Comité de Ministros, que agrupa los 47 embajadores de los Estados miembros, *“examinará, por recomendación de la Asamblea Consultiva o por iniciativa propia, las medidas adecuadas para realizar la finalidad del Consejo de Europa, incluida la conclusión de convenios y de acuerdos y la adopción por los Gobiernos de una política común respecto a determinados asuntos.”* El estatuto también establece que las conclusiones del Comité de Ministros podrán, en su caso, adoptar la forma de recomendaciones para los gobiernos. La creación de un instrumento tan específico requiere de una fuerte voluntad política de parte de los gobiernos europeos y de la posibilidad de una política común, es decir, un amplio consenso entre los Estados, o por lo menos, la falta de oposición a la iniciativa podría llevar un grupo de Estados. Legalmente, es mucho más fácil llegar a un acuerdo para la prohibición de la gestación subrogada, que desarrollar un marco común para esta práctica, sobre todo en sus aspectos transfronterizos.

El texto de un instrumento de este tipo podría basarse en la opinión emitida en 1989 por el comité *ad hoc* de expertos del Consejo de Europa sobre el progreso de las ciencias biomédicas, sobre las *“madres de alquiler”*. El Comité instó a los Estados a garantizar:

1. *Ningún médico o establecimiento pueden utilizar técnicas de procreación artificial para el diseño de un niño llevado por una madre de alquiler ;*
2. *Cualquier contrato o acuerdo entre una madre de alquiler y la persona o pareja por cuya cuenta o que se haya planteado un niño pueda ser invocada en la ley ;*
3. *Cualquier empresa intermediaria para el beneficio de los afectados por una subrogación debe prohibirse, como lo es cualquier forma de publicidad relacionada con el mismo.*

El proyecto de resolución (Doc. 13562) sobre los *“Derechos humanos y cuestiones éticas relacionadas con la maternidad subrogada”*, actualmente en discusión en la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa podría recomendar la elaboración de normas comunes. La proposición de resolución presentada por los diputados de distintos partidos declara inequívocamente que *“la subrogación afecta a la dignidad humana de la mujer embarazada, cuyo cuerpo y su función reproductiva se utilizan como una mercancía”* y *“los derechos y la dignidad humana del niño, porque tiene el efecto de hacer del bebé un producto.”* También invita a la Asamblea a examinar la relación de esta práctica *“con la salud reproductiva de las mujeres, la trata de seres humanos y los derechos de los niños, y [a] pensar en las herramientas para hacer*

*frente a este problema.*” Y el desafío para la Asamblea será de elegir entre la prohibición y su encuadre.

Dentro de los órganos dependientes del Comité de Ministros, que se funcionan en modo intergubernamental, la adopción de normas para “enmarcar” la gestación subrogada requiere de un largo proceso de preparación y de negociaciones, incluyendo la elaboración de normas de “derecho blando” (*soft law*), tales como las resoluciones y las recomendaciones. Ya en el 2010 y el 2011, el Comité Directivo de Cooperación Jurídica (CDCJ) del Consejo de Europa elaboró un “Proyecto de Recomendación sobre los derechos y el estatuto jurídico de los niños y las responsabilidades de los padres.” Según el proyecto, el Consejo de Europa fue tan “convencido de la necesidad de un nuevo instrumento internacional del Consejo de Europa en este ámbito, teniendo en cuenta de las últimas evoluciones de la década en materia jurídica, social y médica.” Aunque un largo debate en el Comité de Expertos, el proyecto de recomendación chocó con el rechazo final del Comité de Ministros debido a las diferencias morales entre los gobiernos. Este texto está basado en el principio de la no discriminación del un niño según la situación de sus “padres”, definidas éstas como “*personas según la legislación nacional son consideradas como los padres del niño.*” Este texto pretendía recomendar a los 47 Estados miembros del Consejo de Europa, adoptar los principios legislativos más liberales en materia de reproducción y vida familiar. Esto implicaba así, la aceptabilidad de la gestión subrogada y preveía, entre otras medidas polémicas, la presunción legal de la maternidad a favor del cónyuge o de la pareja registrada de la mujer que dio a luz.<sup>4</sup>

La adopción de una convención, o incluso sólo un proyecto de Recomendación propuesto a diferencia del proyecto del 2011, el principio de la prohibición de la gestación subrogada en Europa no sería fácil para el Comité de Ministros, porque generalmente se pronuncia por consenso. Una notable excepción de esta práctica se dio en el 2010 para permitir la adopción de la Recomendación CM/Rec (2010), 5 sobre esas medidas son para combatir la discriminación basada en la orientación sexual o en la identidad de género. Esta recomendación no fue aprobada por consenso, sino por mayoría de votos.

Ante la falta de un consenso entre los Estados miembros, la imposición de normas aplicables a todos los estados miembros en materia de la gestación subrogada, pertenece hasta la fecha, principalmente de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

## 2. Conferencia de La Haya sobre el Derecho Internacional privado

Desde el 2011, la Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya aborda el tema de la maternidad subrogada debido a los problemas de Derecho

---

<sup>4</sup> Grégor Puppinck, *Council of Europe to impose a new definition of family, parents and children?*, 26 de Octubre 2011, ECLJ. <http://eclj.org/Releases/Read.aspx?GUID=d298cd04-c82b-4dfb-a2b7-a7adf455c27b>

Internacional privado que plantea, en particular en relación con el establecimiento de la filiación y la nacionalidad. Considera que la Convención sobre la Adopción de 1993 no es apropiado para la gestación subrogada. La Oficina Permanente de la Conferencia, que ha completado los trabajos preparatorios de un estudio de viabilidad, tal acuerdo no ha considerado la opción de la prohibición, pero sólo el “encuadre”, lo que muestra la voluntad de establecer “normas mínimas”. Sin embargo, la gestación subrogada está explícitamente prohibida por muchos estados miembros de la Conferencia.

Por otra parte, los métodos de trabajo de la Oficina Permanente fueron fuertemente criticados, debido a la manera tecnocrática que la Oficina ha consultado solo a “expertos” que dedican a la práctica de la subrogación, o a personas que recurrieron a la gestación subrogada. Como lo subraya el Grupo de las Asociaciones Feministas y de Defensa de los Derechos Humanos en su contribución a la labor de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, *“ninguna discusión sobre los méritos de esta práctica y su compatibilidad con los derechos humanos básicos.”*

Si este enfoque se lleva a cabo, este constituiría un retraso en la protección internacional de los niños y las mujeres vulnerables; además, estaría en contradicción con muchas disposiciones del Derecho Internacional. El argumento por el cual no se puede prohibir esta práctica, que existe de todas formas, no es convincente. Aún existe la trata y la pedofilia, y no es por eso que se deberían encuadrar en lugar de prohibirlas y de castigarlas. En su lugar, debemos decir claramente que esta práctica es incompatible con la dignidad humana, por lo tanto con el Derecho Internacional.

## **B. Modificar un acuerdo existente**

Otro enfoque, más fácil de iniciar, sería de introducir una enmienda dentro de un acuerdo existente con el fin de introducir una disposición explícita sobre la subrogación. Al menos este enfoque permitiría al Consejo de Europa, provocar un debate y un proceso institucional en el seno del Comité de Ministros y dentro de las Naciones Unidas, no sería imposible que lo conduzca a la adopción de una norma internacional.

### **1. Dentro del Consejo de Europa**

#### **a. La trata de seres humanos**

Dentro del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos, adoptado en Varsovia el 16 de mayo de 2005, en primer lugar, se prestaría a una enmienda debido a la finalidad de la Convención y de la existencia de un procedimiento relativamente abierto.

De acuerdo con el artículo 41 de la Convención, el procedimiento de enmendar puede ser iniciado por un solo Estado Parte, este puede proponer la enmienda a la Secretaría General del Consejo de Europa. El texto se transmite a continuación, “los

*Estados miembros del Consejo de Europa, a cualquier signatario, cualquier Estado Parte, la Comunidad Europea, a cualquier Estado invitado a firmar el presente Convenio (...) y a cualquier Estado que haya sido invitado a adherirse al presente Convenio.”*

La enmienda propuesta se comunicará al Grupo de Expertos sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos (GRETA). Este grupo es responsable de garantizar la aplicación de la Convención del Consejo de Europa sobre la lucha contra la Trata de Seres Humanos de los Estados Partes.

Este procedimiento tiene la ventaja de permitir a un gobierno, que tome la iniciativa para colocar la abolición de la gestación subrogada a la orden del día del Consejo de Europa, pero su resultado no está garantizado (¿lo será siempre?), con respecto a la necesidad del consentimiento unánime.

b. El Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina

El *Convenio relativo a los Derechos Humanos y la Biomedicina*, conocido como el Convenio de Oviedo, del 4 de abril de 1997 prevé igualmente un proceso de enmienda (Art.32). Cualquier Estado miembro podrá proponer una enmienda a la Convención. Esto está sujeto a la revisión del antiguo “Comité Director de la Bioética (CDBI)” (ahora designado *DH- Bio*) que podría adoptarla si hay una mayoría de dos tercios de los votos emitidos. Se sometería a la aprobación del Comité de Ministros y luego sería remitida a las Partes para su ratificación, aceptación o aprobación.

Los mecanismos de enmienda son fáciles de proponer, sin embargo, requieren de unanimidad en el Comité de Ministros lo que es difícil de obtener.

2. Dentro de la Naciones Unidas

Dentro de las Naciones Unidas, tres tratados se adaptan bien a un procedimiento de enmienda de la gestación subrogada: el Protocolo de venta de niños, el Convenio sobre la trata y la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

a. **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** fue adoptado en el año 2000. Este fue ratificado por 169 países (incluyendo los Estados Unidos que no han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño) y entró en vigor el 18 de enero de 2002. El Protocolo complementa la Convención sobre los Derechos del Niño.

Según su artículo 16:

*“1. Todo Estado Parte podrá proponer enmiendas y depositarlas en poder del Secretario General de las Naciones Unidas. El Secretario General comunicará las enmiendas propuestas a los Estados Partes, pidiéndoles que le notifiquen si desean que se convoque a una conferencia de Estados Partes con el fin de examinar las propuestas y someterlas a votación. Si dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de esa notificación un tercio, al menos, de los Estados Partes se declaran en favor de tal*

*conferencia, el Secretario General la convocará con el auspicio de las Naciones Unidas. Toda enmienda adoptada por la mayoría de los Estados Partes presentes y votantes en la conferencia se someterá a la aprobación de la Asamblea General de las Naciones Unidas.*

*2. Toda enmienda adoptada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrará en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.*

*3. Las enmiendas, cuando entren en vigor, serán obligatorias para los Estados Partes que las hayan aceptado; los demás Estados Partes seguirán obligados por las disposiciones del presente Protocolo y por toda enmienda anterior que hubiesen aceptado.”*

Así, según este procedimiento, un Estado puede, como el Consejo de Europa, tomar la iniciativa de abrir el debate entre todos los Estados Partes. Una conferencia de todos los Estados Partes se celebrará si 60 de ellos están a favor. Las siguientes decisiones, pendientes de aprobación y luego tomadas por mayoría, la enmienda entraría en vigor cuando haya sido aprobada por la Asamblea General y aceptada por una mayoría de dos tercios de los Estados Partes.

Los Estados Partes en el Protocolo Facultativo que han legalizado la gestación subrogada, como los Estados Unidos, podrían no ratificar la enmienda, sin embargo, no serían afectados moralmente por su contenido.

**b. El Protocolo que complementa la Convención de la Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional**, tiene como objetivo prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, aprobado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 55/25 del 15 de noviembre del 2000. Este fue ratificado por 166 Estados y entró en vigor el 25 de diciembre del 2003. *“Es el primer instrumento jurídico internacional que incluye una definición acordada de la trata de seres humanos. El objetivo de esta definición es facilitar la convergencia de los planteamientos nacionales para establecer las infracciones penales que permitan una cooperación internacional eficaz en la persecución de los casos de trata. El Protocolo también tiene como objetivo proteger y asistir a las víctimas de la trata de personas con el respeto a sus derechos fundamentales”*.<sup>5</sup>

El artículo 18 sobre el procedimiento de enmienda estipula:

*“1. A la expiración de cinco años a partir de la entrada en vigor del presente Protocolo, los Estados Parte en el Protocolo podrán proponer enmienda y depositarla en poder del Secretario General de la Organización Naciones Unidas. Quién comunicará la enmienda propuesta Estados Partes y la Conferencia de las Partes de la Convención de la revisión de la propuesta y adopción de una decisión. Los Estados Partes presente Protocolo reunidos en la Conferencia de las Partes hará todo lo posible para lograr un consenso*

---

<sup>5</sup> Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Crimen.  
<http://www.unodc.org/unodc/fr/treaties/CTOC/>

*sobre cada enmienda. Si todos los esfuerzos por lograr un consenso tienen ha agotado y hay acuerdo alcanzado, así será, en última instancia, a que se apruebe la enmienda, el voto mayoritario de las dos terceras partes de los Estados Partes en el presente Protocolo presentes en la Conferencia de las Partes y expresar su voto.*

*(...)*

*3. La enmienda aprobada de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo estará sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Partes.*

*(...)*

*5. Una enmienda entró en vigor obliga contra Estados Parte que hayan expresado su consentimiento en obligarse por el mismo. Otros Estados Partes quedan obligados por las disposiciones del presente Protocolo y cualquier enmienda anterior que hubiesen ratificado, aceptado o aprobado.”*

El procedimiento de enmienda es aún más fácil ya que sólo un Estado Parte puede convocar a una reunión, la Conferencia de las Partes y que no debe ignorar “*Ningún esfuerzo para lograr un consenso sobre cada enmienda*”. De lo contrario, es adoptado por la mayoría de dos tercios *de los Estados Partes y sujeta a ratificación, aceptación o aprobación por los Estados Partes y sin la aprobación previa de la Asamblea General.*

**c. la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer** prevé una modalidad de enmienda aún más ligera, ya que según su artículo 26:

*“1. En cualquier momento, cualquiera de los Estados Partes podrá formular una solicitud de revisión de la presente Convención mediante comunicación escrita dirigida al Secretario General de las Naciones Unidas.*

*2. La Asamblea General de las Naciones Unidas decidirá las medidas que, en su caso, hayan de adoptarse en lo que respecta a esa solicitud.”*

En este caso, a petición de uno o más Estados Partes, la Asamblea General de las Naciones Unidas puede ser cuestionada sobre la prohibición universal de la gestación subrogada. La Asamblea General podría decidir incluir esta modificación del orden del día de la próxima Conferencia Mundial sobre la Mujer.

Por último, existen muchas opciones políticas disponibles, para el gobierno que desea reforzar la protección de las mujeres y los niños mediante la promoción de la abolición universal de la gestación subrogada.