

REVISTA DE DIREITO INTERNACIONAL
BRAZILIAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW

La protección del interés superior de la persona menor nacida en supuestos de maternidad subrogada

A proteção do interesse superior da pessoa menor nascida em casos de maternidade de substituição

The protection of the best interests of the minor child born in cases of surrogate motherhood

Waldimeiry Correa da Silva

VOLUME 20 • N. 2 • 2023

DIGITAL TRANSFORMATION OF MERCOSUR: INFLUENCE AND COOPERATION WITH THE EUROPEAN UNION

Sumário

EDITORIAL	20
David Ramiro Troitiño e Ignacio Bartesaghi	
CRÔNICA	25
Carina Costa de Oliveira, Bárbara Mourão Sachett, Júlia Schütz Veiga, Luciana Fernandes Coelho, Paulo Henrique Reis de Oliveira e Ana Flávia Barros-Platiau	
DOSSIÊ	39
EL MERCADO DE LA UNIÓN EUROPEA, DE ANALÓGICO A DIGITAL. RETOS PARA SU INTERACCIÓN Y DISFRUTE EN EL MARCO LATINOAMERICANO	41
David Ramiro Troitino e Tanel Kerikmäe	
ESTRATEGIAS DIGITALES EN EL MERCOSUR: AGENDAS DIGITALES E IMPLEMENTACIÓN	52
Natalia Melgar e Patricia Correa	
DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY	70
Adriana Bonomo-Odizzio, Catherine Krauss-Delorme e Armando Borrero-Molina	
DIGITALIZACIÓN DE PYMES EN EL MERCOSUR: EL CASO DE ARGENTINA Y URUGUAY	85
Vandana Singh e Mehak Rai Sethi	
LA DIGITALIZACIÓN EN LA FACILITACIÓN DEL COMERCIO DEL MERCOSUR: EL CASO DE LA VENTANILLA ÚNICA DE COMERCIO EXTERIOR EN URUGUAYCOUNTRIES	104
Natalia Melgar e Natalia De María	
BRECHA DIGITAL Y EDUCACIÓN: UNA COMPUTADORA POR NIÑO EN URUGUAY	120
Natalia De María e Ignacio Bartesaghi	
INTELIGENCIA ARTIFICIAL: NUEVAS POSIBILIDADES PARA LAS RELACIONES ENTRE LA UE Y EL MERCOSUR	137
Celso Cancela Outeda	

ARTIFICIAL INTELLIGENCE: A CLAIM FOR STRICT LIABILITY FOR HUMAN RIGHTS VIOLATIONS ...	150
Lutiana Valadares Fernandes Barbosa	
ARTIGOS.....	160
A APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA ESPECIALIDADE (LEX SPECIALIS) AO DIREITO DA RESPONSABILIDADE INTERNACIONAL DOS ESTADOS	162
Bernardo Mageste Castelar Campos	
OS ATRIBUTOS DA NORMA JURÍDICA APLICADOS AO MODELO DE PRODUÇÃO TRADICIONAL DO DIREITO INTERNACIONAL E O DEBATE SOBRE A SOFT LAW	177
Amina Welten Guerra	
NOVOS DESAFIOS SOBRE A DEFINIÇÃO DE NACIONALIDADE DE EMPRESAS MULTINACIONAIS E O INSTITUTO DA PROTEÇÃO DIPLOMÁTICA.....	194
Vivian Daniele Rocha Gabriel e Sabrina Maria Fadel Becue	
THE UNITED NATION DATA GOVERNANCE: A PANOPTICON AND A CATALYST FOR COOPERATION	207
Varda Mone e CLV Sivakumar	
THE ART OF LEGAL WARFARE: HOW TO DEPRIVE THE AGGRESSOR STATE OF JURISDICTIONAL IMMUNITIES. EVIDENCE FROM UKRAINE.....	227
Anatoliy Kostruba	
UMA EUROPA FORTE E UNIDA?: O DESENVOLVIMENTO DO PROJETO EUROPEU DE INTEGRAÇÃO À LUZ DA GESTÃO DAS CRISES MIGRATÓRIAS.....	247
Gabriel Braga Guimarães e Ana Carolina Barbosa Pereira Matos	
EL DERECHO HUMANO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS MUJERES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL: ESTÁNDARES DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	265
Glorimar Alejandra Leon Silva e Juan Jorge Faundes Peñafiel	
A TUTELA DA DIVERSIDADE CULTURAL NO SISTEMA INTERNACIONAL DE DIREITOS HUMANOS ...	293
George Sarmento Lins Júnior e Laryssa Custódio de França Pereira	

DOS “OLHOS DA LEI” DOMÉSTICA AOS DA COMUNIDADE INTERNACIONAL: CEGUEIRA OU LUCIDEZ DA JUSTIÇA NO DIREITO PENAL INTERNACIONAL?	315
Larissa Ramina e Lucas Silva de Souza	
O ECOCÍDIO PERANTE O ESTATUTO DE ROMA.....	345
Claudia Regina de Oliveira Magalhães da Silva Loureiro	
TRIAL BY BANGLADESH INTERNATIONAL CRIMES TRIBUNAL: JUSTICE DIVULGED OR POLITICAL AGENDA?	377
Niteesh Kumar Upadhyay, Mahak Rathee e Sangeeta Taak	
AVANCES Y DESAFÍOS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO Y LA EXPLOTACIÓN SEXUAL DE MENORES EN LÍNEA: ESPECIAL REFERENCIA A LA PROPUESTA DE REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO POR EL QUE SE ESTABLECEN NORMAS PARA PREVENIR Y COMBATIR EL ABUSO SEXUAL DE LOS MENORES	392
Andreea Marica	
LA PROTECCIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR NACIDA EN SUPUESTOS DE MATERNIDAD SUB-ROGADA.....	420
Waldimeiry Correa da Silva	
MOVILIDAD FORZADA INTERNACIONAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN CHILE: REFUGIO, REGULARIZACIÓN Y RECONDUCCIÓN.....	449
Martina Cociña-Cholaky e Juliana Díaz Pantoja	
PROTECTION AND PRESERVATION OF TRADITIONAL CULTURAL EXPRESSIONS & TRADITIONAL KNOWLEDGE IN HANDICRAFT INDUSTRY: ADVOCATING THE NEED FOR A GLOBAL CULTURAL POLICY FRAMEWORK.....	473
Anuttama Ghose e S. M. Aamir Ali	
“SEUS ÚNICOS TESOUROS SÃO PENAS DE PÁSSAROS”: REFLEXÕES JURÍDICAS SOBRE PATRIMÔNIO CULTURAL INDÍGENA BRASILEIRO EM MUSEUS ESTRANGEIROS	500
José Angelo Estrella Faria	
A APLICAÇÃO NACIONAL DA DOUTRINA DA MARGEM DE APRECIÇÃO: A INTERPRETAÇÃO CRIATIVA DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS E OS RISCOS PARA O SISTEMA INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS.....	529
Paulo Potiara de Alcantara Veloso	

AS FUNÇÕES DA INTERPRETAÇÃO DE SENTENÇA NA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS.....545

Lucas Carlos Lima

TREATY REGIME OF OCEAN FERTILIZATION: GAPS AND SOLUTIONS562

Zahra Mahmoodi Kordi e Masume Gholami Miansarayi

EARLY ACCESS TO A LEGAL ASSISTANCE WITHIN CRIMINAL PROCEEDINGS IN EUROPEAN JURISDICTIONS: “ENGLAND & WALES AS A CASE STUDY579

Bassim Jameel Almusawi

AN ANALYSIS OF SUSTAINABLE DEVELOPMENT TREATY ADOPTION AS DOMESTIC LAWS IN CHINESE JURISDICTION593

Renata Thiebaut

DESPITE COMPLICATED PORTRAITS AND POLICY ORIENTATION: STRUGGLE TO ARTICULATE RIGHT TO EDUCATION BASED ON THE INDONESIA CONSTITUTIONAL COURT DECISIONS 612

Made Subawa e Bagus Hermanto

La protección del interés superior de la persona menor nacida en supuestos de maternidad sub-rogada*

A proteção do interesse superior da pessoa menor nascida em casos de maternidade de substituição

The protection of the best interests of the minor child born in cases of surrogate motherhood

Waldimeiry Correa da Silva**

Resumen

Actualmente se observa con preocupación cómo el incremento de las prácticas de maternidad subrogada (MS) transnacional pueden impactar de forma negativa en la protección y garantía de los derechos de las partes más vulnerables del proceso, el/la menor y la madre gestante. Esto se debe a la inexistencia de una regulación internacional que determine el régimen jurídico de la MS. Este trabajo analiza cómo las normas sobre la protección de la infancia y de la niñez pueden ser vulneradas en el proceso de MS, y con ello también, la violación del interés superior del/a menor (ISM). A estos efectos se utiliza la metodología cualitativa de revisión bibliográfica y documental para examinar la violación de este principio de acuerdo con la doctrina internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Palabras clave: interés superior del menor; maternidad sub-rogada; derechos humanos; Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Resumo

Atualmente observa-se com preocupação como o aumento das práticas de maternidade/gestação sub-rogada (MS) transnacional pode impactar de forma negativa na proteção e garantia dos direitos das partes mais vulneráveis do processo, a criança e a madre gestante. Isto se deve à inexistência de uma regulação internacional que determine o regime jurídico da MS. Este trabalho analisa como as normas sobre a proteção da infância podem ser vulneradas no processo de MS, e com isso também, a violação do interesse superior do/a menor (ISM). Neste sentido, se utiliza a metodologia qualitativa de revisão bibliográfica e documental para examinar a violação deste princípio de

* Recebido em 19/05/2023
Aprovado em 28/08/2023

** Doctora en Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales por la Universidad de Sevilla (España) y USP (Brasil). Profesora de la Universidad de Sevilla, Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales.
Email: wcorrea@us.es

acordo com a doutrina internacional e a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH).

Palavras-chave: interesse superior do menor; maternidade sub-rogada; direitos humanos; Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Abstract

A current matter of concern is the increase in the transnational surrogacy practices and how they can have a negative impact in the protection and guarantee of the rights of the most vulnerable parties in the process: the child and the surrogate mother. This is due to the lack of international regulations of surrogacy. This paper analyzes how the norms on the protection of infancy and childhood can be violated in the process of surrogacy, and with it, the subsequent violation of the best interests of the child. For this purpose, the qualitative methodology of review of bibliographic and documentary sources is used in order to examine the violation of this principle, according to the international doctrine and the jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECHR).

Keywords: the best interests of the child; surrogate motherhood; human rights; European Court of Human Rights.

1 Consideraciones iniciales¹

Este estudio analiza en qué supuestos el principio del interés superior de la persona menor² (ISM) pue-

de ser afectado en el proceso de maternidad subrogada (MS). Esta práctica procedente del desarrollo de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) ha ampliado el ámbito de aplicación de este principio y, en determinados supuestos, incluso lo ha puesto en riesgo. Para ello, se examina la violación de este principio de acuerdo con la doctrina internacional y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) relativos a la protección de la infancia y de la niñez. El trabajo está subdividido en cuatro secciones. En la primera sección se explican doctrinalmente los significados de la MS y del ISM con base en la normativa internacional vigente. En la segunda se analiza cómo las normas sobre la protección de la niñez pueden ser vulneradas en el proceso de MS, produciéndose con ello, la violación del ISM. En la tercera se examina la jurisprudencia del TEDH para profundizar sobre cómo el Tribunal interpreta la posible violación del ISM en el contexto de la MS. La última sección se realizan unas consideraciones finales sobre la importancia de un marco normativo de regulación internacional que determine el régimen jurídico de la MS en aras de impedir que una de las partes más vulnerables del proceso, la persona menor, vea sus derechos violados.

Se utiliza la metodología cualitativa, con uso de la técnica de revisión bibliográfica y documental temática. El procedimiento de acceso a la información de fuentes secundarias fue realizada a través de los motores de búsqueda y bases de datos bibliográficas: *Web of Science*, *Scopus* y *Google académico*. También, fueron utilizados los diversos repositorios y bases de datos especializadas sobre la materia, como el Comité de Derechos del Niño³, la Relatoría de la ONU sobre la venta de niños⁴, la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado⁵ y la jurisprudencia especializada del TEDH⁶ sobre la MS.

¹ Este estudio se enmarca en el Proyecto de Captación al Talento Investigador EMERGIA financiando por la Junta de Andalucía (Consejería de Transformación, Innovación y Universidades). Del mismo modo también es parte del proyecto de investigación Ref. P18-RT-2253. Financiado por la Consejería de Economía, Conocimiento, Empresas y Universidad de la Junta de Andalucía. La autora agradece profundamente los comentarios a la versión preliminar realizados por las profesoras Eulalia Petit Gabriel y Adriana Fillol Mazo.

² La doctrina y jurisprudencia internacional utiliza la expresión “interés superior del niño”. El término original tiene género neutro (“child” o “enfant”), lo que no ocurre en el español. Por ello en el presente trabajo se opta por un lenguaje inclusivo y se utiliza la expresión “interés superior de la persona menor” o “interés superior del menor”, para hacer alusión a los menores de 18 años (en adelante, ISM), con independencia de su sexo.

³ UNITED NATIONS. *Committee on the Rights of the Child*. [2023]. Disponible em: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁴ UNITED NATIONS. *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. [2023]. Disponible em: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁵ HCCH. *The parentage / Surrogacy project*. [2023]. Disponible em: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁶ HUDOC. *European Court of Human Rights*. [2023]. Disponible em: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

2 El significado actual de la MS: su complejidad y necesaria atención hacia el ISM

La MS utiliza la técnica de reproducción humana asistida (TRHA) por la cual una mujer (madre gestante) accede a gestar el hijo de otra persona (comitentes/padres intención). Existen dos formas de MS: la tradicional y la gestacional que conlleva procesos y consecuencias diferenciadas. “La MS tradicional, plena o total es el modelo más antiguo de subrogación”⁷. En este tipo de MS la gestante aporta tanto sus gametos como todo el proceso gestacional. Por contra, en la MS gestacional, no hay aportación de gametos por parte de la mujer gestante⁸, y esta renuncia a su patria potestad.

El uso de las tecnologías reproductivas supone tanto desafíos éticos como jurídicos⁹, no está exento de polémica y complejidad¹⁰. Esto se debe a que involucra la intervención médica para el uso del cuerpo humano y manipulación genética (de gametos), que, a su vez, está mediada por un contrato mercantil proveniente de una transacción comercial cuyo resultado óptimo dará origen a una nueva vida humana, pudiendo llegar a la “mercantilización abierta de la procreación”¹¹. La complejidad del tema conduce a diferentes matices e interpretaciones, y el uso de diversas expresiones¹² para

hacer referencia a la misma práctica¹³. Estas, a grandes rasgos, son dos, una postura aboga por la prohibición y la otra es favorable.

De un lado, se reivindica la prohibición explícita de la MS en todos ordenamientos jurídicos¹⁴, teniendo como argumento que “la práctica denigra la dignidad de la madre gestante y del/a menor, que será visto como un objeto o mercancía intercambiable mediante contrato”¹⁵. En esta línea, la MS se asemeja a una forma de esclavitud contemporánea debido a la mercantilización tanto del vientre de la mujer¹⁶, “un objetivo apropiado y utilizado por la industria reproductiva –particularmente si es pobre– como de la “venta de bebés”¹⁷. Además, se

internacional. *SCIO-Revista de Filosofía*, v. 1, n. 11, 2015. Disponible en: <https://revistas.ucv.es/scio/index.php/scio/article/view/612>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 19-52.

¹³ No hay consenso sobre el término, pues este, como otros temas controvertidos sobre el uso de los cuerpos de las mujeres, refleja disputas e intereses implícitos. Este estudio opta por el término MS para visibilizar una de las partes imprescindible en el proceso, la mujer que gesta para otros y que vive el proceso psico-anímico, fisicoquímico y epigenético de la maternidad. Sobre los efectos para la violación de los derechos de la mujer en este proceso véase: SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 21-54.

¹⁴ HOUGUE, Claire de La; ROUX, Caroline. Surrogate motherhood and human rights: analysis of human. *Legal and Ethical Issues*, 2016; SPAR, Debora. Reproductive tourism and the regulatory map. *New England Journal of Medicine*, v. 352, n. 6, p. 531-533, 2005; PATRONE, Tatiana. Is paid surrogacy a form of reproductive prostitution? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, v. 7, n. 1, p. 109-122, 2018; KETCHUM, Sara Ann. Selling babies and selling bodies. *Hypatia*, v. 4, n. 3, p. 116-127, 1989; PURDY, Laura Martha. *Reproducing persons: issues in feminist bioethics*. London: Ithaca: Cornell University Press, 1996.; MIRALLES, Ángela Aparisi. Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 16-28, 2017; CASCANO, Antonio. La subrogación en la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, v. 29, n. 95, p. 39, 2018; GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. *Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-9112017000600016&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 535-538; ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹⁵ SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021. p. 387.

¹⁶ HEWITSON, Gilian. The commodified womb and neoliberal families. *Review of Radical Political Economics*, v. 6, n. 4, p. 489-495, 2014.

¹⁷ GUILBAULT, D.; SIROIS, M. *Esclavage des temps modernes*. Que-

⁷ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 381.

⁸ Sobre la transmisión epigenética entre madre y feto véase: KEANEY, Jaya. The racializing womb: surrogacy and epigenetic kinship. *Science, Technology, & Human Values*, v. 47, n. 1, p. 1157-1179, nov. 2021. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/016224392111055228>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 1157.

⁹ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 386.

¹⁰ COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 2017. p. 2.

¹¹ ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 385.

¹² SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: Vulnerabilidades, Derechos Humanos, Explotación y Autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 16-18; RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 219-229; BELLVER, Vicente Bellver. ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada

observa también como una forma de “fraude de ley”¹⁸, “conflicto de leyes”¹⁹ y desafío bioético²⁰. De acuerdo con este posicionamiento, se destacan cuatro puntos:

1. Confrontación de derechos fundamentales con libertades individuales y cuestionamiento del libre consentimiento;
2. Despersonalización, mercantilización, cosificación de la mujer y del recién nacido;
3. Realización de un contrato abusivo y fraudulento;
4. Anomalía bioética –principio de la no maleficencia–.²¹

Ya en defensa de la MS se acoge la regulación de la MS desde el argumento que la capacidad de agencia de la mujer que gesta para otros, haciendo uso de sus libertades individuales y autonomía. Se trata de una posición amplia que revisa distintas “opciones en función de qué condiciones y garantías se entienda que deben considerarse en su regulación: puede incluir tanto a partidarios

bec: Pour les droits des femmes du Québec, 2017; FARLEY, Melissa. Prostitution, Liberalism, and Slavery. *Logos*, p. 1-11, 2013; ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120; RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023; ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023; SATZ, Debra (ed.). “Why some things should not be for sale: the moral limits of markets?”. Oxford: OUP, 2010; EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, Prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2015.

¹⁸ ALBERT, Marta. La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 177-197, 2017; VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹⁹ TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (ed.). *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Oxford: Hart Publishing, 2013. p. 8-9.

²⁰ BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas biomédicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 93, p. 153-162, 2017; SAXENA, Pikee; MISHRA, Archana; MALIK, Sonia. Surrogacy: ethical and legal issues. *Indian J Community Med.*, v. 37, n. 4, p. 211-213, 2012. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

²¹ Hace referencia al principio bioético de no hacer daño y no cosificar/mercantilizar al ser humano. “La gestación en este contexto pasa a ser parte de un servicio al mercado en el cual se pone un precio, como cualquier otro recurso.” SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p.31.

de la MS comercial como la MS altruista”²². Correa da Silva destaca cuatro argumentos desde este posicionamiento favorable a la regulación:

1. Derechos sexuales y reproductivos, centrándose en aquellos casos que conllevan problemas de fertilidad y que afecte a la libertad reproductiva y también teniendo en cuenta la igualdad entre ambos sexos;
2. Dignidad y autonomía de la mujer; (incluyendo la cuestión sobre el instinto maternal);
3. La defensa de la regulación, para eliminar o reducir la explotación de las mujeres y el turismo reproductivo;
4. Derechos de los niños nacidos por MS.²³

Siendo este último aspecto objeto del presente estudio.

La MS y “otros arreglos reproductivos que transfieren la vida y la responsabilidad parental de un niño”²⁴, pueden conducir a la vulneración del ISM. Como, por ejemplo, el no conocimiento de sus orígenes, tanto sus orígenes genéticos como de la madre gestante²⁵. De ahí, los importantes problemas que genera en relación con el menor, como: sus derechos fundamentales, su nacionalidad, su filiación y movilidad.

3 La fundamentación jurídica del interés superior de la persona menor

El ISM es el fundamento para el bienestar y desarrollo holístico infantil²⁶. Sin embargo, asienta un con-

²² SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021.

²³ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 24.

²⁴ SHANLEY, Mary Lyndon. *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents' rights*. Boston: Beacon Press, 2001. p. 117.

²⁵ Además, este vínculo materno-fetal es bidireccional y, para el menor puede afectar su salud al separarlo bruscamente del entorno en que el menor inició su desarrollo psicofísico. Este intercambio también es la base de la subjetividad del menor que aprende a relacionarse con los demás, su gramática afectiva. Como explica Ruth Fischbach y John Loike las cuestiones de epigenética que “afectan la forma en que se expresan los genes del niño y, por lo tanto, también afectan a la descendencia durante varias generaciones.” FISCHBACH, Ruth L; LOIKE, John D. Maternal-fetal cell transfer in surrogacy: ties that bind. *Ame. J Bioeth.*, v. 14, n. 5, p. 35-36, 2014.

²⁶ NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea*

cepto jurídico indeterminado²⁷ y controvertido²⁸. Tiene sus antecedentes en la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del niño 1924²⁹ y la Declaración de los Derechos del Niño de 1959³⁰ por la que se instituyó que la humanidad debe reconocer y garantizar este principio como eje esencial en todos los procesos en que participa una persona menor³¹. Este principio forma parte del marco jurídico internacional sobre los derechos de la infancia y niñez³² y fue consolidado en la Convención

una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 4.

²⁷ NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 46-99.

²⁸ Sobre todo, por la subjetividad en la interpretación y la indeterminación al no esclarecer que el concepto de “interés superior del menor”. CABALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 223-247, 2008. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derecho-ninos-ninas/QL-yiwAzxp7.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 229.

²⁹ DÉCLARATION de Genève sur les Droits des Enfants. Société des Nations, 26 sept. 1924. Disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023. Aunque este instrumento no recoja la expresión si lo hace de forma implícita en su articulado (artículos 1-5). Para un desarrollo de los antecedentes y fundamentación de este principio véase, MOODY, Zoe. La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959). *Relations internationales*, v. 161, n. 1, p. 65-80, 2015. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2015-1-page-65.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 65.

³⁰ NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Derechos del Niño de 1959 20 de noviembre de 1959*: A/RES/1386 (XIV). 1959. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. principio 2.

³¹ BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2002. p. 16-27.

³² Entre los instrumentos internacionales de gran relevancia se destacan: NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*: proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) (1948), art. 25.2. 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso en: 31 agosto 2023; CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*: Modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 - completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16), art. 8 y 3. Roma, 4 nov. 1950; NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966. art. 24.1. 1966; ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*: aprobada en la

sobre los Derechos del Niño³³ (CDN), que establece en su artículo 2 que las personas menores gozarán de “una protección especial”. Y para ello, reitera y desarrolla en su artículo 3 que todo el desarrollo normativo “atenderá a la consideración del interés superior del niño³⁴. Todo ello, se fundamenta en la dignidad del ser humano y “en las características propias de los niños”, así como “en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades”, en consonancia con la Convención sobre los Derechos del Niño.³⁵ Siguiendo este criterio la naturaleza jurídica del ISM fue objeto de debate en el seno del Comité de Derechos del Niño, en su “Observación General N° 14 del Comité de Derechos del Niño”³⁶, que integra un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo fundamental y una norma de procedimiento³⁷.

Se destacan dos niveles de responsabilidad en el ámbito del ISM, el ámbito privado, que se refiere a las decisiones que toman las personas adultas sobre el menor, donde se busca su bienestar absoluto; y el ámbito público, sobre el cual la doctrina ha desarrollado el aspecto clave de la inscripción en el país de origen de los me-

IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948. art. 7 y 19; UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la UE*: (2016/C 202/02), del 7 de junio de 2016, pp. 389-405, art. 24.2: Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007. 2016. p. 389-405, art. 24.2; Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007.

³³ NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

³⁴ La CDN indica en artículo 1 que: “niños [es] todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”. Este estudio sigue la Opinión Consultiva 17 de la CIDH que “se entiende por “niño” a toda persona que no ha cumplido 18 años de edad.” Y, que, por lo tanto, “abarca”, lo niños, las niñas y los adolescentes.”. CIDH, OC-17/2002.

³⁵ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 17 (OC-17/2002)*: solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 28 agosto 2002. párr. 56.

³⁶ NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc. Acceso en: 31 agosto 2023.

³⁷ NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc. Acceso en: 31 agosto 2023.

nores nacidos en el extranjero naturales del proceso de MS³⁸. Ante las barreras establecidas por algunos, donde esta práctica no está reconocida, la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado en distintas ocasiones valorando si la negativa de la inscripción puede significar la violación de la “vida familiar”. El segundo ámbito también conlleva la responsabilidad pública de incorporar y adoptar normas jurídicas que garanticen el bienestar de la persona menor y velen por la protección de sus derechos.

Teniendo en cuenta esta base normativa existe un debate, no resuelto, de que la MS vulnera el ISM. Esto se debe tanto por la inexistencia de un marco internacional regulador sobre el tema como por la diversidad de perspectiva respecto a la permisividad o prohibición de la misma. Es por ello, que este estudio analiza, por un lado, si la MS vulnera la dignidad del menor, su identidad y su interés superior al considerar que el menor es el producto de una transacción comercial. De otro, cómo la jurisprudencia del TEDH interpreta esta protección especial y con ello, ha promovido del principio del ISM, en el marco del derecho a la vida en familia e identidad.

4 ¿La Maternidad subrogada protege el ISM?

Con el objetivo de garantizar la protección del ISM y frente al silencio sobre la cuestión específica de la MS, el Comité sobre el Derecho del Niño, en su “Observación General Núm. 14”³⁹, realiza dos explicaciones muy relevantes sobre el tema. La primera, que el ISM es un concepto triple, que engloba un derecho sustantivo⁴⁰,

³⁸ En esta dirección “no deben basarse en un concepto o percepción general de lo que debe ser mejor para un menor (el niño universal).” GABRIEL, Eulalia. W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 106-107.

³⁹ NACIONES UNIDAS. *Observación general N. 14*, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, E/C.12/2000/4, Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000, artículo 3, párr. 1.

⁴⁰ “Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.” NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación

un principio jurídico interpretativo fundamental⁴¹; y una norma de procedimiento⁴². La segunda, considera este principio como primordial y manifiesta que las valoraciones del ISM deben buscar un equilibrio entre los factores de protección, que pueden restringir los derechos, y las medidas que permiten el pleno ejercicio de los derechos.

En la práctica de la MS la persona menor, puede ser perjudicada o beneficiada por la realización de la subrogación, ya que es la misma la que posibilita su existencia, tanto por el deseo (y algunos casos aportación de material genético) de los padres de intención, como por la gestación y parte de la madre sustituta. Por ello hay que tener presente el ISM según lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 (en adelante, CDN), en su artículo 3, que establece que to-

general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6. a.

⁴¹ “Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo”. NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6.b.

⁴² “Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”. NACIONES UNIDAS. E/C.12/2000/4: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. artículo 3, párr. 6.c.

das las medidas relacionadas al niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Este se entiende como una proyección en los menores de su personalidad, abarcando todos los derechos fundamentales que garantizaran un libre desarrollo de su personalidad⁴³.

Según lo dispuesto en el artículo 8.1 de la CDN de 1989, los Estados se comprometen a preservar la identidad del menor otorgándole un nombre, nacionalidad y vínculos familiares. A estos efectos la inscripción de los menores en el registro civil oficializa su adscripción en una sociedad y en un núcleo familiar. La negativa de inscripción en el registro civil, derivado de su origen por contrato de subrogación, perjudica al ISM y le deja desprotegido, produciendo dos efectos que pueden ser objeto de sanción por parte del Estado⁴⁴. El primero, el incumplimiento estatal de su obligación internacional de salvaguardar el bienestar del niño, así como su dignidad⁴⁵. El segundo, sería la incertidumbre jurídica que supone la indeterminación de la filiación y el perjuicio para la configuración de la identidad del menor y el desarrollo apropiado como persona, a partir de la garantía de un núcleo familiar y entorno social⁴⁶. Lo expuesto entra en consonancia con el argumento de David Smolin de que los contratos de subrogación ignoran el ISM en favor de los derechos de los adultos contratantes⁴⁷. A

todo ello también se añade el debate sobre la analogía a la venta de niños (sección 2).

La Asociación Española de Bioética (AEBI) expresa que el punto de vista del ISM debe ser visto desde una perspectiva doble: la del juez y la del legislador. El primero —el juez— interpreta a la luz de los fundamentos jurídicos una situación *de facto*, y juzga, a posteriori, la licitud de los hechos y busca dosificar teniendo primacía la defensa del interés superior de la persona menor que “no debe sufrir las consecuencias negativas de ilicitud de la conducta de los adultos”⁴⁸. En esta dirección falló el Tribunal Supremo español en su sentencia del 6 de febrero de 2014⁴⁹ al considerar que:

La invocación indiscriminada del ‘interés del menor’ serviría de este modo para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor en el ámbito de esas personas acomodadas⁵⁰.

El segundo matiz del legislador, que deberá regular en el presente, teniendo en cuenta los impactos futuros y en estos, deberá velar por la salvaguardia de la dignidad y los derechos de los implicados en el proceso de MS: las madres gestantes y los hijos objeto del contrato de compraventa⁵¹.

⁴³ La garantía del cumplimiento del interés superior se exigirá tanto por vía judicial, como por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, autoridades administrativas, órganos legislativos (artículo 3.1) y padres o responsables de la tutela del niño (artículo 18.1).

⁴⁴ El Estado tiene la obligación de garantizar esta seguridad jurídica como dispuestos en el artículo 18.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esta dirección se ha pronunciado el TEDH en los casos que siguen.

⁴⁵ ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁴⁶ Dentro del contexto internacional, hay posiciones divergentes respecto la protección del interés superior de la persona menor y el derecho a conocer su identidad y orígenes. Véase: QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁴⁷ SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁴⁸ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *Informe: Maternidad Subrogada*. 2016. párr. 7.a.

⁴⁹ ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. El Tribunal Supremo español reconoce la nulidad de los acuerdos de MS y les reconoce ciertos efectos jurídicos al plantear que la persona menor que nace de este proceso no sea privada de determinados derechos. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.

⁵⁰ ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014. párr. 5.

⁵¹ ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *Informe: Maternidad Subrogada*. 2016. párr. 7.b. f

5 La protección internacional de la persona menor y su incumplimiento en el proceso de maternidad subrogada

6 ¿La MS puede ser considerada venta de niños/as?

De acuerdo con el informe del Consejo de Derechos Humanos de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de marzo de 2018 “la gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los Derechos Humanos”.⁵² La venta de niños/as está prohibida según el artículo 1 del Protocolo Facultativo a la CDN sobre la venta y explotación sexual de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía⁵³ (Protocolo sobre venta de niños), del 25 de mayo del 2000. El artículo 2 a) del mismo, define que: “por venta de niños se entiende 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”.

El artículo 2 del Protocolo sobre la venta de niños, la define como: “a) [...] 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”⁵⁴. Esta definición presen-

ta tres elementos constitutivos. El primer de ellos, el acuerdo realizado para gestar para otros, que puede ser comercial o altruista. El segundo, la transferencia del/la menor. Este puede ser físico y jurídico⁵⁵ concretizando con la entrega del bebé y traslado de la patria potestad⁵⁶. De acuerdo con el Comité de Derechos del niño, la determinación de filiación antes del parto puede incurrir en venta de niños⁵⁷. Un ejemplo de ello, en California/EE.UU, indica que si el contrato de MS fue realizado antes del transado del embrión y consecuente embarazo, no se considera venta de niños, ahora si el contrato

⁵² Algunas jurisdicciones garantistas para la práctica de MS, como California, Maine y New Hampshire (EE.UU) y Ucrania, establecen contratos que imposibilitan retroceder en el consentimiento y las madres gestantes rechazan su patria potestad antes del parto, y tras este se realiza el traslado del menor. SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 95-110. Otra particularidad, es la de que: “Dado que el componente genético no es un requisito para la transmisión de patria potestad o de la responsabilidad parental (tal y como se demuestra en el caso de las adopciones o tutores legales), será el contrato de maternidad el que prevea el traslado jurídico de dicha patria potestad. En lo referente al traslado físico, la madre sustituta se compromete al traslado efectivo del/la menor una vez haya dado a luz. De hecho, en algunos contratos se pretende limitar o restringir la libertad de circulación de la madre sustituta, con el fin de garantizar el control del niño en el momento del nacimiento.” SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398-399.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 44.

⁵⁷ NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknNJ9y4JRIerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 29 a; NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknNJ9y4JRIerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 69 b.

⁵² NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 13.

⁵³ NACIONES UNIDAS. *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*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023. 178 estados-parte en 01/03/2023, p. 5.

⁵⁴ NACIONES UNIDAS. *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*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 7.

comercial fue realizado durante el embarazo es considerado venta de niños.⁵⁸

El tercer, el intercambio remunerado, es parte del pago que es intrínseca a la MS comercial. En este sentido se entiende que:

los contratos de subrogación se pagan por los servicios de gestación y parto, también se paga por la entrega o traslado del/la menor (ya que esto último es el aspecto central y objeto del acuerdo, sin el cual se entendería que la madre sustituta no habría cumplido sus promesas y obligaciones contractuales)⁵⁹.

O, como expone la Relatora de la ONU sobre venta de niños, “en los casos de venta de niños es la preposición “por”, que hace referencia a un intercambio: la “remuneración o cualquier otra retribución” (pago) debe realizarse “por” el traslado del niño.”⁶⁰

Los supuestos de MS comercial evidencian los tres elementos constitutivos de la venta de niños/as, hecho que viola el artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) que indica: “Los Estados Parte tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Esta condena a venta de niños también está expresa en el En el Convenio de La Haya materia de Adopción Internacional de 1993 (art. 1 y art. 4, c. 3 y 4). Ahora bien, esta interpretación tiene diferentes matices de acuerdo con la doctrina internacional.

Por ende, de un lado se defiende que no se realiza un pago por el menor⁶¹ y sí por los servicios gestaciona-

les (o reproductivos) realizados por la madre gestante.⁶² En este orden, la prohibición de la venta de un menor busca prevenir el daño y la explotación, y dado que la intención de la subrogación no es para ese propósito, no está incluida en la CDN ni bajo las leyes contra la trata de personas⁶³. Por otro se aboga que los acuerdos de MS respetan el ISM, ya que el procede de este acuerdo que produce al niño, le ofrece la oportunidad de existir. Cuando se firma el contrato de MS, el/la menor aún no ha sido concebido, por lo tanto, no hay interés que defender. “Desde esa perspectiva, no hay ningún interés del menor que proteger.”⁶⁴ Paula Gerber y Katie O’Byrne defienden que el objeto y propósito de la CDN (1989) y del Protocolo sobre la venta de niños (2000) tiene el objetivo “prevenir daños a los niños, proteger los derechos de los niños y promover su interés superior”⁶⁵.

De ahí que los actos prohibidos por los citados instrumentos jurídicos son: explotación sexual, transferencia de órganos con fines de lucro y trabajo forzoso por tratarse de actos que quebrantan la dignidad del/la menor. La MS generalmente tiene una naturaleza y carácter distinto, y por lo tanto no promueve la degradación ni compromete su interés superior. Sobre este punto, Paula Gerber y Katie O’Byrne afirman que:

la gestación subrogada comercial no se trata de ‘venta’ o ‘transferencia’ de un bebé, sino de ‘asignación’ de responsabilidad entre las partes del acuerdo en cuanto al cuidado del menor en diferentes momentos, con el objetivo de traerlo a su familia prevista⁶⁶.

A este respecto, Yasmin Ergas explica que los acuerdos se realizan antes de la concepción, argumentando que el embrión, el feto y, finalmente, el/la menor, siempre pertenecerían a las partes encargadas y, por lo tanto,

⁵⁸ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 52.

⁵⁹ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 399.

⁶⁰ U.S. ATTORNEY’S OFFICE. Baby-Selling Ring Busted. Southern District of California, *The FBI Federal Bureau of Investigation*. 9 agosto 2011. Disponible en: <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>. Acceso en: 2 sept. 2023.

⁶¹ Sonia Allen añade que no se trata de una venta de niños, pues se paga un servicio en diferentes etapas (desde la preparación-trasferencia de embriones-gestación-parto) y, que además no hay relación genética con la madre gestante, y por ello, el niño es suyo y no lo puede vender. ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120. p. 117.

⁶² Es el argumento utilizado por Amrita Pande en su etnografía sobre la “industria” de la subrogación en India. PANDE, Amrita. *Wombs in labour: transnational commercial surrogacy in India*. New York: Columbia University Press, 2014. p. 244 y ss.

⁶³ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 196-199.

⁶⁴ FIELD, Martha A. *Surrogate motherhood: the legal and human issues*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1990.

⁶⁵ GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine (Eds.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, p. 81–112, 2015. p. 81.

⁶⁶ GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katherine (ed.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, 2015. p. 81–112. p. 97.

no pueden ser objeto del contrato⁶⁷. También advierte que “el ISM real del niño no es un estándar de derecho autónomo en sí mismo, es una regla de interpretación que presupone la legalidad del proceso”⁶⁸.

Sin embargo, parte de la doctrina argumenta que los pagos a las madres gestantes superan las ganancias que obtendrían con otro trabajo y constituyen la venta de un bebé y, por lo tanto, la trata de personas⁶⁹. Esta es la interpretación que ofrece el artículo 2.a del Protocolo Facultativo sobre la venta de niños (2000), que establece que: “Por venta de niños se entiende 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”. De ahí, que el término “cualquier acto” no se centra simplemente en los propósitos de explotación, sino que incluye cualquier finalidad para la cual un menor es trasladado a cambio de una compensación⁷⁰. Para Sonia Allan, independientemente del modo cómo se observe la relación entre la madre gestante y el bebé, la interpretación jurí-

dica literal que se atribuye a la transacción equivale a la venta o mercantilización de niños porque equivale a “la entrega de un niño a otros a cambio de una remuneración u otra consideración”⁷¹. Por ello, Michael Freeman argumenta que cualquier bebé originado de un acuerdo comercial de subrogación debería ser considerado como producto de una transacción comercial.⁷² Adeline Allen⁷³ es más taxativa pues considera que la MS es el resultado de un proceso de manufacturación, de un producto hecho a medida desde el deseo de los comitentes, con gametos seleccionados según criterios de calidad y del interés fenotípico. Este “producto” estaría sujeto a procesos de cualidad, control, utilización y descarte. Lo que supone un coste humano y ético de la cosificación de niños. Esta mercantilización de algunos niños deshumaniza todos los demás⁷⁴.

Sobre este punto, John Tobin, defiende que la MS equivale a la venta de niños, dado el significado corriente de los términos “transferencia”, “remuneración”, y “consideración” en el artículo 35 de la CDN, parecería que un acuerdo comercial de subrogación entra en el marco de la definición de venta de un niño⁷⁵. Por tanto, atendiendo a lo dispuesto en los artículos 35 de CDN y 2 del Protocolo sobre la venta de niños, está prohibida esta práctica. Por lo tanto, defiende la prohibición de esta práctica. Además, afirma que el Convenio de la Haya sobre Adopción de 1993 trata las obligaciones

⁶⁷ ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 178-179.

⁶⁸ ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 184-185.

⁶⁹ Clara Watson, cuestiona si la subrogación comercial equivale o no a “alquiler de útero” o “venta de bebés”. WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *New Bioethics*, v. 22, n. 3, p. 212-228, 2016. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28219265/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 223.

⁷⁰ TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023; SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023; ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120; FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children’s Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.

⁷¹ ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O’BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120.

⁷² FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children’s Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.

⁷³ ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 790-792.

⁷⁴ ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 794.

⁷⁵ TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 335.

internacionales de derechos humanos simplemente como “necesidades que deben cumplirse” en lugar de obligaciones legales internacionales vinculantes. Lo que es problemático, porque corre el riesgo de marginar el papel del Derecho Internacional Público en la resolución de los problemas asociados con la subrogación internacional⁷⁶. Por ello, evidencia tanto la “naturaleza falsa del argumento del contrato de servicios”⁷⁷, como la complejidad que representa un acuerdo de subrogación comercial como la mera provisión de servicios gestacionales, ya que todo ello, “demuestra la mercantilización de capacidad reproductiva de las mujeres”⁷⁸.

Asimismo, el artículo 7.º de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que el niño no podrá ser privado de sus derechos al nacer. A saber: a ser inscrito al nacer, a tener un “nombre, adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, conocer a sus padres y ser cuidado por ellos”. En atención a conocer su propia identidad, o conocer su procedencia, es significativo considerar que el niño puede tener hasta cinco progenitores en un acuerdo de subrogación: la proveedora de óvulos, un proveedor de esperma, una madre gestacional y dos futuros padres. Generalmente, no se mantienen los registros de la madre gestante y de los donantes de gametos, y así el niño solo conoce a sus padres de intención. Lo cual plantea una cuestión de si se cumple

con el artículo 7.º de la CDN. Este punto será analizado con la jurisprudencia del TEDH en la sección siguiente.

El artículo 15 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948⁷⁹ registra que “toda persona tiene derecho a una nacionalidad” y que no puede ser privada de la misma. El/la bebé es especialmente susceptible de ser despojado de tales derechos en los acuerdos internacionales de MS, donde corre incluso el riesgo de ser un apátrida debido a la posible incompatibilidad de legislaciones entre el país de origen de los comitentes y el de la madre sustituta, o de verse objeto de un litigio por su paternidad nada más nacer⁸⁰.

Hay evidencias de un gran número de casos de MS en su forma comercial transnacional que han concluido en severos quebrantamientos del orden público internacional⁸¹. A partir de estos casos paradigmáticos la Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado⁸², en su Informe de febrero de 2015, determina las siguientes preocupaciones con respecto al niño en su Anexo II: Algunos de los graves problemas de Derechos Humanos, incluido el de los niños, que han surgido (nuevamente) en 2014. A saber: (1) el abandono del niño (2) la idoneidad de los padres comitentes y el riesgo de tráfico de niños y (3) el derecho del niño a conocer sus orígenes⁸³. Para ello, en su informe final en 2022 considera que la MS no debe dar lugar a la trata ni venta de menores⁸⁴.

⁷⁶ TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 320-321.

⁷⁷ TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 341.

⁷⁸ TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 340.

⁷⁹ NACIONES UNIDAS. *Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París*. 1948.

⁸⁰ Cómo será explicado en la sesión siguiente.

⁸¹ QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁸² La Conferencia Internacional de la Haya de Derecho Internacional Privado (HCCH) creó en 2015 un grupo de expertos sobre filiación/subrogación, con el objetivo de explorar la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante para el reconocimiento internacional de los documentos acreditativos de la filiación de los niños nacidos de los contratos de subrogación. Desde 2015-2022 el grupo ya ha presentado 12 informes sobre los avances del tema que pueden ser vistos en: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. En marzo de 2023 presenta su informe final: “Parentage/Surrogacy Experts’ Group: Final Report “The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage”, PREL. DOC. N° 1. f

⁸³ HCCH. Prel. Doc. Núm. 3. *The parentage/surrogacy Project: an updating note*. 2015. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁸⁴ HCCH. Prel. Doc. No 2ª. *Report of the Experts’ Group on the Parent-*

Todo ello, lleva a concluir que la cuestión de la venta de niños no ha sido profundamente abordada, “ni resuelta desde el marco del Derecho Internacional”⁸⁵. Por ello, Natalie Baird sugiere que se observe cómo se han orientado los mecanismos encargados de supervisar y monitorear la CDN (1989) y el Protocolo sobre la venta de niños (2000). Sobre ello la autora pone de manifiesto que el Comité de Derechos del Niño todavía no se ha pronunciado de modo concluyente sobre si la MS comercial es equivalente a la venta de niños⁸⁶.

7 La protección del ISM en la praxis del Comité de Derechos del Niño

El Comité de Derechos del Niño se ha manifestado en diferentes ocasiones sobre la MS, sin emitir un posicionamiento firme y claro sobre si la MS comercial equivale o no a la venta ilegal de un niño en los términos del artículo 35 de la CDN (1989) y del artículo 2.º del Protocolo relativo a la venta de niños (2000)⁸⁷. Manifestó su preocupación ante: 1. La ausencia de una regulación federal, en el caso de EE. UU (2013), y su equivalencia a venta de niños⁸⁸; 2. Su expansión en In-

dia⁸⁹ (2014). Por ello, invocó al Estado a definir, regular y supervisar los acuerdos de subrogación y tipificar como delito la venta de niños “incluido el uso indebido de la subrogación”⁹⁰; 3. La carencia de la legislación en el Estado de Tabasco, México (2015), que “no brinda suficientes garantías para evitar que la MS sea utilizada como medio para vender hijos”⁹¹; 4. La inexistencia de procedimientos apropiados para evaluar la idoneidad de los “padres internacionales” de los niños nacidos de MS, en Israel (2015)⁹². En definitiva, el Comité considera que la MS es “ámbito complejo que plantea muchas cuestiones diferentes” y que:

a la luz de los artículos 1 y 2 del Protocolo Facultativo sobre venta de niños, el Comité recomienda que el Estado parte refuerce su legislación a fin de prohibir los acuerdos de subrogación que pueden conducir a la venta de un niño⁹³.

age/Surrogacy Project. abr. 2022.

⁸⁵ BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise. (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 124.

⁸⁶ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156*: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁸⁷ NACIONES UNIDAS. *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*. Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁸⁸ NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2*: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwXj0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWWknN>

J9y4JRIerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmc e%2BFbX9jI9Hhz28. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 29b y 30b. D

⁸⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/IND/CO/3-4*: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtdYfIGTDt1J0qP5r8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZH0t6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 57d y 58d.

⁹⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/IND/CO/3-4*: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPrICAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtdYfIGTDt1J0qP5r8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZH0t6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 57d.

⁹¹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/RUS/CO/4-5*: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 69b y 70b.

⁹² COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/OPSC/ISR/CO/1*: observaciones finales sobre el informe presentado por Israel en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 13 jul. 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 28.

⁹³ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/RUS/CO/4-5*: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://doc>

Lo anterior, evidencia que el Comité no tiene una posición clara si considera que la MS comercial equivale o no, a la venta de niños⁹⁴.

En este contexto es incomprensible la ausencia de una respuesta rotunda del Comité de los Derechos del Niño⁹⁵. Esta respuesta debería plasmarse en un Comentario General sobre la gestación subrogada que ofrecería una serie de garantías legales⁹⁶. Un Comentario General ofrecería una guía autorizada a los Estados⁹⁷, para determinar marcos regulatorios sobre la subrogación a partir del enfoque de los derechos de la infancia y niñez. De igual forma, el Comentario ofrecería apoyo tanto para evaluar el cumplimiento de los Estados con sus obligaciones en el marco de Convención de los Derechos del Niño, como para los procesos judiciales internacionales y nacionales, que siguen en expansión.

Asimismo, el tema viene siendo tratado de forma tangencial en los informes periódicos de los Estados por el CDN, lo que le ha permitido realizar observaciones provisionales sobre la práctica⁹⁸. Lo que se puede observar en sus “Directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos

del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”⁹⁹, es que el Comité considera que no todas las formas de MS constituyen venta de niños. Sin embargo, la forma comercial puede tener este efecto. Por ello invita a los Estados a regular la práctica para impedir la venta de niños bajo la firma de contratos de subrogación¹⁰⁰.

Sobre ello, Natalia Braid expone dos motivos relevantes para que el CDN actúe de forma inaplazable y diligente. El primero, es debido a que:

los niños nacidos como resultado de la subrogación carecen de una agencia independiente o voz para defender sus propios derechos y mejores intereses, lo que los deja especialmente vulnerables. El Comité debe llenar este vacío y hablar en su nombre.^{FONTE}

La segunda razón, alude a la poca creencia de que la Conferencia de la Haya avance en un acuerdo vinculante a corto plazo. Ni siquiera en el ámbito europeo, donde quedó frustrado tal avance, “a pesar de que la mayoría de los Estados favorecieron la prohibición de la maternidad subrogada comercial o la prohibición de toda forma subrogación”¹⁰¹.

La Relatora Especial sobre la venta y explotación sexual de niños ha sido más tajante sobre relación directa entre la MS y la venta de niños¹⁰². Muestra de ello, ha sido el compromiso de la anterior Relatora (2014-2020) que situó el tema como un aspecto clave del mandato. Como se puede verificar en su “Informe sobre

uments-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 22.

⁹⁴ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

⁹⁵ La falta de consenso entre los 18 miembros del Comité podría ser un obstáculo para lograr una Observación General. Véase: BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 131-134.

⁹⁶ Esto incide directamente en los compromisos asumidos por los 196 Estados parte de la Convención de los Derechos del Niño y los 175 han ratificado el Protocolo adicional sobre la Venta de Niños.

⁹⁷ Aunque no sea un instrumento vinculante, brindan una referencia trascendente para la interpretación de las obligaciones derivadas de los tratados. DOEK, Jaap. The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation. In: INVERNIZZI, Antonella; WILLIAMS, Jane (ed.). *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*. London: Routledge, 2011. p. 99-105.

⁹⁸ BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p. 126.

⁹⁹ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹⁰⁰ COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. *CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 53.

¹⁰¹ BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6. p.132.

¹⁰² NACIONES UNIDAS. *A/HRC/34/55: Add.1: Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*. 22 dic. 2016. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/6574871.54006958.html>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 521

salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos de acuerdos de gestación subrogada”¹⁰³, la Relatora declaró que la subrogación comercial suele envolver prácticas abusivas, y que entraña un desafío para la protección de los Derechos Humanos al legitimar prácticas que violan la prohibición de la venta de niños¹⁰⁴. Para que ello no ocurriera, la madre gestante deberá conservar la patria potestad del niño tras el parto, recibir la suma pactada —por cumplimiento del contrato—, sin que ello signifique que tiene que reembolsar el pago de todo el tratamiento realizado y podrá estar obligada jurídicamente a compartir la patria potestad y la responsabilidad paterna/materna con otras partes.¹⁰⁵ Además, establece algunas condiciones, para superar este conflicto legal y confirma que una regulación desde el enfoque de los derechos humanos y de la niñez, con garantías pre y post acuerdo de subrogación podría ofrecer la protección del interés superior del menor.¹⁰⁶

8 La posible analogía entre la MS y la adopción internacional

Es común encontrar la analogía entre la MS y la prostitución¹⁰⁷ o donación de órganos¹⁰⁸ para aquellos que

defienden la prohibición de la MS. Y la relación entre la MS y adopción internacional para aquellos que son favorables a la MS¹⁰⁹. Esta sección analiza los institutos de la adopción internacional y la MS a luz del “Convenio de la Haya sobre Adopción”¹¹⁰ y del “Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores” (2008)¹¹¹. Estos instrumentos se fundamentan en la protección de la infancia y niñez a partir del respeto al ISM, “el respecto a sus derechos fundamentales, así como la prevención de la sustracción, venta o el tráfico de niños”¹¹².

Al confrontar la MS con los requisitos en materia de adopción internacional, se percibe cierta incompatibilidad entre estos dos institutos. La primera es que la adopción objetiva la protección del ISM ya nacido y la MS se establece un acuerdo que dará origen a un nuevo ser. A estos efectos, tanto el Convenio de la Haya sobre Adopción (1993, artículo 5º), como en el Convenio Europeo en materia de Adopción de Menores (2008, artículo 4º), determinan que el consentimiento debe ser libre e informado, no mediado por ninguna contraprestación financiera o de otra naturaleza¹¹³ y realizado tras el parto y nacimiento¹¹⁴. Incluso se disuade el contacto previo “entre los futuros padres adoptivos y los padres del niño u otras personas que tengan la guarda de éste hasta que se hayan cumplido.”¹¹⁵

¹⁰³ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹⁰⁴ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 4.

¹⁰⁵ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 72.

¹⁰⁶ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60*: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 73.

¹⁰⁷ EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Bellaterra, 2015. p. 38 y ss.

¹⁰⁸ ELFERS, Isa. Alienation, commodification, and commercialization: feminist critique of commercial surrogacy agreements through the lens of labor exploitation and U.S. organ donation law. *Hastings Journal of Gender & the Law*, v. 33, n. 2, p. 151-186, 2022. Disponible en: <https://repository.uclawf.edu/hwlj/vol33/iss2/3/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p.160-164.

¹⁰⁹ ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023; VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹¹⁰ HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹¹¹ COUNCIL OF EUROPE. *Treaty N. 202. European Convention on the Adoption of Children*. Strasbourg, 27 nov. 2008. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680084823>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹¹² SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 397.

¹¹³ Convenio Europeo sobre adopción (2008), art. 17; Convenio de la Haya sobre adopción (1993), art. 32.

¹¹⁴ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398.

¹¹⁵ HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. art. 29.

Como se puede desprender ambos marcos convencionales estipulan que el consentimiento debe ser informado y no viciado para la entrega del/la menor y debe ocurrir después del nacimiento del/la menor.¹¹⁶ Esta:

prohibición del beneficio económico pretende salvaguardar la libertad de consentimiento entre partes de contextos socioeconómicos desiguales, de manera que el incentivo económico no opere como una 'inducción indebida', y no derive en venta, tráfico o sustracción de niños, en los términos del artículo 1.º del Convenio de la Haya sobre Adopción Internacional (1993).¹¹⁷

Estos preceptos distan de aquellos realizados en el marco de los contratos de MS¹¹⁸, que se firman antes del comienzo del embarazo¹¹⁹, como forma de proteger a los intereses de los padres intencionales frente a posibles interés de la madre gestante en quedarse con el bebé.

La Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa recuerda en su Recomendación sobre la desaparición de bebés recién nacidos por adopción ilegal en Europa (CE/Res.1828, 2008) que “la adopción debe permitirles [a los bebés] encontrar una madre y un padre y así salvaguardar sus derechos y no permitir que los padres extranjeros satisfagan su deseo de un hijo a cualquier precio”¹²⁰. Lo cual no siempre está garantizado en la MS, tal y como advierte la Relatora de la ONU sobre la venta y explotación sexual de niños:

[...] la industria y sus defensores insistan en que la modalidad comercial se acepte en todo el mundo como sistema basado en el mercado, que está pensado principalmente en función de la demanda de niños por parte de adultos y prevé que la patria potestad se determine en lo esencial mediante un contrato.¹²¹

¹¹⁶ El Convenio Europeo en Materia de Adopción (2008) incluso establece un plazo no inferior a seis semanas como dispone su artículo 5.2 y 5.5.

¹¹⁷ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 398.

¹¹⁸ CADORET, Anne. Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption? *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, n. 41-42, p. 5-23, 2010. Disponible en: <https://journals.openedition.org/rsa/241?lang=en>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹¹⁹ A excepción de Reino Unido que sí atribuye este período de reflexión de seis semanas a la madre gestante. UK (1985) *Ley Surrogacy Arrangements Act*.

¹²⁰ COUNCIL OF EUROPE, Res.1828, 2008, párr. 1

¹²¹ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 26.

También recuerda que “ni todas las normas aplicables a la adopción son extensibles a la gestación por sustitución.”¹²² Es por ello que la Relatora entiende que la utilización de determinadas prácticas comerciales, como hacer encargos de bienes antes de su producción, no deben ser inducidas al ámbito de la subrogación, puesto que: “la extrapolación de esas prácticas a la adquisición de seres humanos contraviene claramente el Protocolo Facultativo de la relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía”¹²³.

En esta dirección, David Smolin, considera que interpretar la subrogación a través del prisma legal de la adopción permite interpretar la MS comercial como una venta ilícita de bebés¹²⁴ y, por tanto, “no deberían ser legitimados”¹²⁵. Liezl van Zyl y Ruth Walker explican que la premisa fundamental del contrato de subrogación es el acuerdo entre “padres intencionales” y la madre gestante, que dará origen a un bebé que corresponderá a la familia de los padres intencionales. Por ello, las autoras defienden que “la subrogación se entiende mejor como un embarazo por encargo, en lugar de una forma de adopción. El bebé no sería concebido de otra

¹²² NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 28.

¹²³ NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023. párr. 53.

¹²⁴ Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González ofrecen una explicación contraria fundamentada en la doctrina y jurisprudencia y afirma que “Sin tener pruebas fácticas de tales hechos, éstos no pueden presumirse. Igualmente, la postura del TS lleva a afirmar que cuando la hermana de una mujer gesta al hijo de ésta de manera gratuita y altruista, hay ‘comercio de menores y daño a la dignidad de la mujer’, lo que carece de sentido pues no existe, en tales casos, ningún interés económico por parte de nadie. Totalmente absurdo y desproporcionado”. CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, p. 45-113. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹²⁵ SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry's global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 303.

manera, sin importar quién proporcione los gametos o gestante del feto”¹²⁶.

Azpiroz Villar señala que el contrato de subrogación presenta al menos cuatro elementos que inciden directamente sobre los “derechos fundamentales” del/la menor: el primero sería un eventual abandono de los bebés, en caso de partos múltiples, en caso de patologías o que no sea del sexo deseado. El segundo sería la inadecuación de los padres de intención (en el caso de la adopción se exige el certificado de idoneidad, tras superar pruebas especializadas). El tercero se relaciona con el derecho de los niños a conocer sus orígenes biológicos y las dificultades derivadas de la diversidad de actores involucrados en los procesos de subrogación. Sobre todo, cuando los comitentes no aportan material genético. En cuarto lugar, el riesgo del consentimiento viciado por parte de la madre gestante. Por último, el proceso de intermediación llevada a cabo por las agencias especializadas que confieren un carácter mercantil a todo el proceso¹²⁷.

9 La práctica del TEDH para garantía del interés superior de la persona menor en casos de MS

El TEDH tiene la competencia de la aplicación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH) y de sus protocolos adicionales¹²⁸. El CEDH no cuenta con artículos específicos sobre a la protec-

ción del ISM¹²⁹. Su alusión está vinculada con el internamiento de menores en conflicto con la ley (art. 5 del CEDH) o con su acceso a la sala de audiencias a los procesos que le afectan (art.6 del CEDH). Pese la ausencia de una disposición convencional específica, se entiende que toda persona menor goza de los derechos bajo su jurisdicción¹³⁰. Con relación a los casos de MS el TEDH entiende que la búsqueda de los orígenes del menor y el establecimiento de su filiación se encuentran dentro del margen de apreciación del artículo 8: derecho al respeto a la vida privada y familiar.

En esta dirección se observa un desarrollo progresivo de la jurisprudencia del TEDH que afecta al ISM. En el caso de la MS el/la menor se presenta conjuntamente a su padre/madre, un familiar suyo que lo represente como solicitantes. A partir de estas demandas el TEDH va constituyendo su interpretación sobre los derechos de la infancia y niñez, sobre la prioridad de su bienestar, desarrollo y protección de su interés superior. El TEDH comprueba si el Estado demandado respetó el artículo del CEDH objeto de disputa y si dichas disposiciones se encontraban dentro del margen de apreciación del Estado en su modo de utilizar el interés superior del menor.

Con relación a la MS, el TEDH fue llamado a pronunciarse en trece ocasiones desde el año 2014 hasta el presente¹³¹ (ver cuadro 1). Este estudio se centra en el análisis de los casos admitidos, juzgados y que entran en el fondo de la protección del ISM. Los casos ponen de manifiesto los desafíos oriundos de la transnacionalidad en supuestos típicos¹³², donde se solicita el reconoci-

¹²⁶ ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹²⁷ VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 59-60; GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 535-538.

¹²⁸ También llamado Convenio Europeo de Derechos Humanos, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. El texto actual es producto de la revisión efectuada conforme a lo establecido en los Protocolos de enmienda n° 11 (STE n° 155) y n° 14 (STE n° 194), en el Protocolo adicional y en los Protocolos n° s 4, 6, 7, 12 y 13.

¹²⁹ No obstante, esto no es razón para que el TEDH ejerciera su competencia subsidiaria a través de la aplicación de convenios sectoriales: Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños (STCE, N.160, 25/01/1996); (STCE N.º 157, 23/01/1998); Convenio sobre las relaciones personales del menor (STCE N.º 192, 15/05/2003); El Convenio sobre la lucha contra la trata de seres humanos (STCE N.º 197, 16/05/2005); Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, Convenio de Lanzarote (STCE N.º. 20,1 25/10/2007); el Convenio en materia de adopción de menores (STCE N.º 202, 27/11/2008); Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales.

¹³⁰ GABRIEL, Eulalia. W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 105.

¹³¹ La consulta fue realizada hasta 01/03/2023. Son trece sentencias y una opinión consultiva. De ellas, nueve cuentan con vínculo genético con uno de los padres de intención y cuatro no, véase el cuadro 1. Todos los casos fueron consultados en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng>.

¹³² ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human

miento de la filiación originada por la práctica de la MS realizada en un Estado-A, en que la misma esté permitida¹³³, hacia un Estado-B donde la misma no está regulada, está prohibida, e incluso considerada ilícita¹³⁴. Ante la negativa de reconocimiento por el Estado requerido, los interesados alegan que se produce una infracción de la CEDH (1950), por parte de los derechos fundamentales de los padres (derecho a la protección familiar) y de los niños (identidad, filiación). De ahí que el TEDH venga a analizar cada caso particular con el objetivo de aplicar la doctrina del justo equilibrio entre los diferentes intereses en juego¹³⁵.

Cuadro 1 - Jurisprudencia de TEDH – MS

Sentencias del TEDH	Vínculo biológico
A.M. c. Noruega (30254/18), (Final: 24/06/2022)	No
Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12), 24/01/2017	No
Paradiso y Campanelli c. Italia (25358/12), 27/01/2015	No
Valdis Fjølfnisdóttir y otros c. Islandia (71552/17), 08/03/2022 (Menor parte del proceso)	No
D. y otros c. Bélgica (29176/13), 08.07.2014	Sí
K.K. y otros c. Dinamarca (25212/21), 06/12/2022 (Menor parte del proceso)	Sí
D.B. y otros c. Suiza (58817/15 58252/15), 22/11/2022	Sí
Mennesson c. Francia y Labassee c. Francia, 26/06/2014	Sí
Foulon y Bouvet c. Francia, 21/07/2016	Sí
Laborie c. Francia, 19/01/2017	Sí
D c. Francia (11288/2018), 16/07/2020 (Menor parte del proceso)	Sí
S.-H. c. Polonia (56846/15 y 56849/15) – 16/11/2021	Sí

Fuente: elaboración propia

Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 169-171.

¹³³ De los 46 países miembros del Consejo de Europa solamente Georgia y Ucrania contiene una admisión amplia, es decir, permitida en su forma comercial y a extranjeros heterosexuales. Otros diez países lo permiten en su forma altruista. SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 95-110.

¹³⁴ Lo que conforma una “Normatividad de geometría variable” debido a distintas aproximaciones normativas y las diferentes posibles combinaciones entre los modelos. SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 113.

¹³⁵ SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018.

Los casos relacionados con los acuerdos privados de MS, aunque no previstos originalmente en el CEDH¹³⁶, plantean violaciones del artículo 8 del Convenio¹³⁷, que consagra tanto el derecho al respecto a la vida privada y familiar, como la protección de la identidad y la personalidad del ser humano¹³⁸. En esta dirección, para valorar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: a) si la injerencia está prevista en la ley; b) si la injerencia persigue una finalidad legítima; y, c) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida¹³⁹. A partir de ahí, determina si la injerencia de las autoridades (del Estado) en la vida privada y familiar de los padres de los solicitantes era necesaria en una sociedad democrática, y si se logró un equilibrio justo entre los diferentes intereses involucrados.

Hay que tener presente que el TEDH “no es un legislador internacional y no puede suplir la inexistente regulación internacional sobre gestación sustitutoria, ni

¹³⁶ Se recuerda que la CEDH fue celebrada en año de 1950, período en que las TRHA todavía no estaban desarrolladas como hoy. Todo ello no impide una interpretación teleológica que asegure la protección real y efectiva aun teniendo en cuenta que el mismo tiene como parte a 47 Estados europeos con regulación, principios y preceptos diferentes entre sí. SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 108.

¹³⁷ El artículo 8 de la CEDH dispone que: “1. Toda persona tiene derecho al respecto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás”.

¹³⁸ Ursula Kilkelly explica que: “la determinación de una denuncia por parte de un particular en virtud del artículo 8 de la Convención implica necesariamente una prueba en dos etapas” (p. 8). La primera es valorar si el tema en cuestión concierne a uno o más de los intereses personales protegidos (vida privada, vida familiar, hogar y correspondencia). La segunda es considerar si ha habido una injerencia con este derecho y, en caso afirmativo, si la injerencia es conforme a la ley, si persigue un fin legítimo y si es necesario en una sociedad democrática. KILKELLY, Ursula. The right to respect for private and family life; a guide to the implementation of article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, n. 1, 2001. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49f17e212.html>. Acceso en: 31 agosto 2023. p. 8.

¹³⁹ ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014.

tampoco cuestionar las diferentes aproximaciones normativas de los Estados¹⁴⁰. Por ello las sentencias deben ser observadas como un mecanismo de resolución de casos y situaciones concretas, y no como un pronunciamiento favorable o contrario a la MS, sin embargo, su jurisprudencia permite precisar los límites que el orden público europeo establece respecto a la acción estatal¹⁴¹. Se observa que la posición jurisprudencial del TEDH varía según exista o no vínculo genético entre los padres de intención con el/la menor o en ausencia de este.

10 La respuesta del TEDH en consideración al vínculo genético y la protección del interés superior del menor

Con fecha del 26 de junio de 2014, el TEDH se pronunció en dos casos materialmente similares en dos sentencias distintas formalmente. Los casos *Mennesson vs. Francia* (65192/11); y *Labassee vs. Francia* (65941/11). El primer caso, el acuerdo de subrogación fue realizado en California¹⁴² y el segundo en Minnesota¹⁴³, EE. UU. En ambos casos se utilizó el gameto masculino del comitente y una donación de óvulos para desarrollar la MS. El segundo pronunciamiento del TEDH fue el 21 de julio de 2014 respondiendo a los asuntos *Bouvet vs Francia* (10410/14) y *Foulon vs Francia* (9063/14)¹⁴⁴. En estos dos casos concurren situaciones fácticas similares a los anteriores, en relación con la celebración del contrato de MS en el extranjero, con el uso del gameto masculino del comitente y donación de óvulo y gestación por

una madre india¹⁴⁵. El tercer, asunto *Laboire C. Francia* (44024/13)¹⁴⁶, del 19 de enero de 2017, el TEDH vuelve a dictaminar sobre la relevancia del vínculo biológico entre uno/a de los padres de intención y el/la menor, para determinar si fue violado su derecho a la vida privada y familiar y, con ello, el ISM.

Los casos anteriores inducen a que las familias recurran al TEDH, invocando violación del artículo 8 del CEDH. De este modo, el TEDH concluyó en sus sentencias del 26 de junio de 2014 que el rechazo o denegación por parte del Estado francés privaba de alguna manera a los menores de su filiación paterna o materna¹⁴⁷, y le podría impedir vivir con los cónyuges solicitantes en territorio francés, entendiendo que ello vulneraría el derecho a la vida privada y familiar que reconoce el artículo 8.º del CEDH y el ISM que consagra el artículo 3.º del Convenio sobre los Derechos del Niño¹⁴⁸. La negativa de reconocimiento de filiación del menor nacido del proceso de MS, como hija de los demandantes, afecta al desarrollo de su la vida privada y pública, pues no integra su identidad dentro de la sociedad francesa.¹⁴⁹ Para el TEDH este rechazo impide que se reconozca su nacionalidad, que afecta a la propia identidad de la demandante¹⁵⁰ y acarrea problemas graves de compatibilidad con el interés superior de la persona menor¹⁵¹.

En esta misma línea, el TEDH entendía que el Estado francés había obstaculizado el establecimiento de su filiación, lo que escapaba a su margen discrecional, sobrepasando los límites normativos. Conjuntamente, el TEDH consideró como grave esta vulneración, al no

¹⁴⁰ SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p.105.

¹⁴¹ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 42.

¹⁴² ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 6-12.

¹⁴³ ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 6-10.

¹⁴⁴ ECHR. *Foulon et Bouvet C. France (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14)*. Strasbourg, 21 jul. 2016. párr.5.

¹⁴⁵ ECHR. *Foulon et Bouvet C. France (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14)*. Strasbourg, 21 jul. 2016. párr. 20-21.

¹⁴⁶ ECHR. *Laborie c. Francia, (Requête N. 44024/13)*. Strasbourg, 19 enero 2017.

¹⁴⁷ Además, el TEDH considera que la falta de reconocimiento de filiación es contradictoria a la legislación francesa (art. 18 del Código Civil francés), que considera que será francés el hijo cuando uno de los padres lo sea.

¹⁴⁸ ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 103-108.

¹⁴⁹ ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 71.

¹⁵⁰ Aunque el artículo 8 del CEDH no recoge de forma específica el derecho a la nacionalidad se considera la misma parte inherente de la identidad. ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 96-98; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 76.

¹⁵¹ ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 99; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 78.

atender el vínculo genético entre los comitentes y las hijas, un hecho que coloca a Francia fuera del margen de apreciación que se reconoce a los Estados en la materia, ya que produce una grave vulneración del derecho a la vida privada de los menores¹⁵². El TEDH considera que ISM y sus derechos, como la filiación y nacionalidad, primaban sobre el de los padres de intención.¹⁵³

Asimismo, el TEDH en su O.C (P16-2018-001/2019) recuerda que el ISM no implica simplemente el respeto del derecho del menor a la vida privada, sino también la garantía de protección contra prácticas ilícitas como la venta de niños o la trata de personas¹⁵⁴. Señala que una prohibición general y absoluta contra el reconocimiento de una relación entre un niño nacido en el extranjero a través de un régimen de MS y la madre intencional es incompatible con el ISM, que requiere como mínimo que cada situación sea examinada a la luz de las circunstancias particulares del caso¹⁵⁵.

11 Respuesta a la violación del ISM frente a la ausencia de vínculo genético entre los comitentes

El tribunal ha tenido la oportunidad de manifestarse en cuatro ocasiones (cuadro 1). Las primeras se refieren al caso Paradiso y Campanelli vs. Italia y (25358/12, en 2015 y 2017). En este caso, una pareja italiana recurre a un acuerdo de MS (prohibido en Italia) en Rusia (admisión amplia), con la empresa que supuestamente utilizaría los gametos masculinos de la pareja (sr. Campanelli), conforme certificación de la clínica rusa¹⁵⁶. Tras el nacimiento del niño la madre gestante consintió formalmente para que el niño fuera registrado como hijo de los solicitantes. La Oficina del Registro de Moscú

registró a los solicitantes como padres del bebé recién nacido¹⁵⁷. Con ello, la solicitante requiere al Consulado italiano en Moscú la documentación necesaria para obtener los documentos que le permitirían regresar a Italia con el niño¹⁵⁸.

A su vuelta a Italia, con el certificado expedido por las autoridades rusas y la renuncia de la madre gestante al menor, las autoridades italianas denegaron la inscripción en el Registro Civil, incoando paralelamente acciones penales contra el matrimonio por diversos motivos, entre los que se destacan, la falsedad documental y la alteración de la filiación. Los tribunales solicitan una prueba de ADN, que confirma la ausencia de vínculo genético entre los solicitantes y el niño. Tras esta constatación, las autoridades italianas colocan al menor bajo la guarda de los servicios sociales italianos, impidiendo el contacto entre el menor y la pareja solicitante y abre un procedimiento de adopción al niño. Pese a las tentativas legales de los solicitantes, el niño fue adoptado por otra familia y recibió nueva identidad¹⁵⁹.

Los hechos anteriores motivaron al matrimonio formado por el sr. Campanelli y la Sra. Paradiso (solicitantes) a presentar una demanda ante el TEDH, en 2012 contra la República Italiana por considerar que las autoridades del país habían vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del niño (Artículo 8 del CEDH). En 2015 la demanda fue admitida, y la “Sala de la Segunda Sección” del Tribunal dictaminó en favor de la pareja condenando a Italia por la violación del artículo 8. Posteriormente, el Gobierno italiano pidió la remisión del caso a la Gran Sala¹⁶⁰.

Al valorar si hubo violación del artículo 8 del CEDH, el TEDH consideró que existía una familia *de facto* entre los aspirantes progenitores y el menor por la vinculación afectiva justificada en un informe psicológico¹⁶¹. De igual modo, reconoció que no se había dado una vulneración del art. 8, por entender que el procedimien-

¹⁵² ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 100; ECHR. *Labassee C. France (Requête N. 65941/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 79.

¹⁵³ ECHR. *Mennesson V. France (Application n. 65192/11)*. Strasbourg, 26 jun. 2014. párr. 80; ECHR. *Laborie c. Francia, (Requête N. 44024/13)*. Strasbourg, 19 enero 2017. párr. 29.

¹⁵⁴ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 202.

¹⁵⁵ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (*Request N. P16-2018-001*). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 15 y 42.

¹⁵⁶ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 12.

¹⁵⁷ El certificado de nacimiento ruso, que indicaba que los solicitantes eran los padres del niño, se certificó de conformidad con las disposiciones del Convenio de La Haya del 5 de octubre de 1961, que suprime el requisito de legalización de documentos públicos extranjeros.

¹⁵⁸ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 8-20.

¹⁵⁹ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 34-38.

¹⁶⁰ Conforme el artículo 43 del CEDH.

¹⁶¹ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 134-136 y 207.

to se adecuaba a la ley italiana¹⁶². Aun así, sí reconoció la violación de los intereses superiores del niño, sin llegar a materializar una obligación al Estado italiano de restituir el menor a los aspirantes progenitores, amparando la decisión en los vínculos desarrollados con la nueva familia adoptiva.

Se trata de una decisión controvertida, con 11 votos contrarios a la declaración de la violación del artículo 8 frente a 6 votos a favor¹⁶³. Esta decisión se fundamentó en los siguientes argumentos: a) la conducta ilegal de los solicitantes causó una inseguridad jurídica¹⁶⁴ y fue la razón de la separación del menor. Por ello, las autoridades italianas actuaron rápidamente para la protección del interés superior del menor (párrafos 156-157 y 136); b) debido a la ausencia de vínculo biológico¹⁶⁵ y

la corta relación de convivencia entre los demandantes y el menor el TEDH no consideró que se cumplieran los requisitos para considerar que existía una familia en el sentido del artículo 8 del CEDH (párrafos 157-158 y 164); c) la injerencia en la vida privada de los solicitantes fue considerada proporcional y necesaria para mantener el orden jurídico (párrafos 168-174) y obtener finalidades legítimas (párrafos 175-178) y necesarias en una sociedad democrática para alcanzar dichas finalidades (párrafos 181-182); d) considera que los Estados tienen un amplio margen de apreciación para establecer su marco normativo a respecto de la MS y, por lo tanto, no es tarea del TEDH sustituir los criterios de las autoridades nacionales (párrafos 193-194); e) con base en lo anterior, se justifica la finalidad última de proteger el ISM (párrafos 197 y 206-207).

En el asunto Paradiso y Campanelli contra Italia (2017) difiere de los anteriores por factores sustantivos y procesales. En cuanto, a la situación fáctica¹⁶⁶, los casos anteriores presentaban la presencia de vínculo genético con al menos uno de los progenitores, en este caso no existe esta relación. Con respecto al procedimiento, el menor no participa como demandante junto a los “padres intencionales”, lo que condiciona al TEDH a considerar que los demandantes estuviesen legitimados para representar al niño ante los tribunales. A ello, se puede añadir que en un primer momento el TEDH consideró que Italia había violado el artículo 8, el derecho a la vida privada y familiar¹⁶⁷.

En dos casos posteriores, el TEDH reconoció que para la protección del ISM es necesaria la protección de identidad y reconocimiento de una relación jurídica

¹⁶² El voto disidente conjunto de los Jueces Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens y Grozev, consideran que si hubo violación del artículo 8. Su fundamentación parte de la jurisprudencia del Tribunal y basa en “la existencia o no de la ‘vida familiar’ es esencialmente una cuestión de hecho que depende de la existencia real en la práctica de estrechos vínculos personales. Por lo tanto, la noción de ‘familia’ en el artículo 8 no se limita únicamente, por ejemplo, a las relaciones matrimoniales, y puede abarcar otros ‘lazos familiares’ de facto [...] los demandantes habían forjado vínculos estrechos con el niño en las primeras etapas de su vida, cuya fuerza fue reconocida por un equipo de trabajadores sociales (párr. 151). En definitiva, existía un auténtico proyecto parental, basado en lazos emocionales de alta calidad (párr. 157)”. ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 3-4.

¹⁶³ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párr. 165-167.

¹⁶⁴ La ilegalidad de la conducta de los solicitantes es un factor utilizado en reiteradas ocasiones por el TEDH para justificar las acciones y decisiones de las autoridades italianas en el presente caso. Véase: ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017. párrs. 133, 147, 157, 209-210.

¹⁶⁵ La ausencia de consenso sobre el tema expreso en “*el voto conjunto concurrente de los jueces de Gaetano, Pinto de Albuquerque, Wojtyczek y Dedov*”, al justificar que “La aplicación del artículo 8 requiere una definición cuidadosa del ámbito de aplicación de esa disposición. Según la sentencia, la existencia o inexistencia de la vida familiar es esencialmente una cuestión de hecho, dependiendo de la existencia de vínculos personales estrechos y constantes (véase, en particular, el apartado 140). En nuestra opinión, la fórmula propuesta es a la vez demasiado vaga y demasiado amplia. El enfoque parece basarse en el supuesto implícito de que los vínculos interpersonales existentes deben gozar al menos de protección prima facie contra la interferencia del Estado. Observamos a este respecto que pueden existir vínculos personales estrechos y constantes fuera del ámbito de cualquier vida familiar. El razonamiento no explica la naturaleza de esos lazos interpersonales específicos que forman la vida familiar. Al mismo tiempo, parece conceder gran importancia a los vínculos emocionales (véanse los párrafos 149, 150, 151 y 157). Sin embargo, los lazos emocionales por sí mismos no pueden crear vida familiar”. ECHR. *Paradiso and Campanelli V. Italy Judgment: Separate Opinions: Joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens And Grozev*. 2017. párr. 2.

¹⁶⁶ **De acuerdo con el TEDH la existencia o no de vida familiar es esencialmente una cuestión fáctica que dependerá de la existencia real en la práctica de estrechos lazos personales.** SAN JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*, v. 113, p. 103-130, 2018. p. 113.

¹⁶⁷ ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia (Application n. 25358/12)*. Strasbourg, 24 enero 2017.

directa¹⁶⁸, como por ejemplo a través de la adopción¹⁶⁹ o acogida permanente¹⁷⁰. De ahí responde que no necesariamente se deba establecer la relación paterno-materno-filiar a través de la incorporación al registro nacional los datos del certificado de nacimiento expedido en el extranjero.¹⁷¹ Igualmente responde en clave de género cuando se trata de una pareja del mismo sexo¹⁷². Advierte que cuando internamente la legislación de un Estado no permita el reconocimiento del vínculo de filiación – debido a la ausencia de vínculo biológico–, se debe buscar una forma de alcanzar un equilibrio entre el ISM de los menores nacidos de MS y los intereses de la sociedad para limitar los efectos negativos de la MS comercial¹⁷³. De modo que este no se prolongue en tiempo y viole al ISM¹⁷⁴ al ponerle en una situación de inseguridad jurídica¹⁷⁵. Hecho que llevó un menor nacido del MS a ser considerado menor no acompañado debido a la ausencia de vínculo biológico entre las comitentes y el menor¹⁷⁶.

12 TEDH valoraciones fácticas y discreción en cuanto al asunto de la MS

Los casos juzgados por el TEDH y expuestos permiten realizar al menos dos conclusiones: La primera es constatar que, frente a la diversidad de modelos adoptados por los Estados bajo su jurisdicción¹⁷⁷, considera que no es función del Tribunal sustituir los criterios individuales de los Estados con relación a la MS. Por todo ello, hay que recordar que el TEDH se rige por el principio de subsidiariedad, por lo tanto, no es su función sustituir la autoridad nacional¹⁷⁸. A estos efectos, también recuerda que, debido a la ausencia de marco común entre los Estados miembros del Consejo de Europa, se opta por un amplio margen de discrecionalidad de los Estados que varía según las circunstancias, el objeto y el contexto¹⁷⁹. Ahora bien, el Tribunal también considera que este margen puede y debe ser limitado “cuando entra en juego una faceta particularmente importante de la identidad de una persona, como cuando se trataba de la relación jurídica paterno-filial”¹⁸⁰.

La segunda valoración es la de que el Tribunal fue instado cuando los intereses particulares colisionan con el orden jurídico interno en lo referente a la regularización de la filiación derivada de un contrato particular de MS. Frente a este supuesto, los Estados fueron llamados a salvaguardar la protección de vida familiar, la identidad y el ISM. A estos efectos, el Tribunal apreció tanto la existencia o no del vínculo biológico entre comitentes y menor, como el tiempo de permanencia del vínculo familiar¹⁸¹, lo que reduce el margen de discrecionalidad

¹⁶⁸ El voto particular del Juez P. Lemmens, en el caso *Valdís Fjölnisdóttir y otros c. Islandia* (2021), contribuye a desmitificar la importancia del vínculo genético para apreciar el ISM. Indica que el impacto negativo de la falta de reconocimiento de la filiación para todos los menores nacidos por MS en el extranjero, con independencia de la existencia del vínculo biológico con los comitentes. Véase: ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 May 2021 (Final 18 Aug. 2021).

¹⁶⁹ ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022; ECHR. *A.L. c. France* (Requête N.13344/20). Strasbourg, 7 abr. 2022.

¹⁷⁰ ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto. 2021).

¹⁷¹ ECHR. *C contre la France et E contre la France* (Requêtes núms. 1462/18 et 17348/18). Strasbourg, 19 nov. 2019.

¹⁷² ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022. También afirmó que el margen de apreciación otorgado a los Estados era limitado cuando el principio de establecer o reconocer la filiación estaba en juego, y que el ISM no podía depender únicamente de la orientación sexual de los padres.

¹⁷³ ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022.

¹⁷⁴ ECHR. *A.L. c. France* (Requête N.13344/20). Strasbourg, 7 abr. 2022.

¹⁷⁵ ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022.

¹⁷⁶ ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others v. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto 2021). párr.8 y 29-30.

¹⁷⁷ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 111.

¹⁷⁸ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 42.

¹⁷⁹ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 43.

¹⁸⁰ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation”. (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 44.

¹⁸¹ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a*

de acción de los Estados, ya que están llamados a proteger el ISM¹⁸². Así, el Estado deberá actuar eligiendo el procedimiento eficaz y más breve posible, dentro de su marco legal disponible para garantizar la inscripción de la filiación paterno-filial, la protección de su vida privada y familiar, su identidad, nacionalidad y cuestiones sucesorias¹⁸³.

Lo expuesto, permite evaluar cómo el TEDH mantiene su carácter evolutivo con respuestas equilibradas con las circunstancias presentadas. Reafirma el margen de apreciación de los Estados y la importancia de actuar con la debida diligencia para la protección de los derechos fundamentales de todas partes, en especial del menor. Sin embargo, no entra a fondo en el tema de MS¹⁸⁴, ya que no lo considera de su competencia. Los casos juzgados por el TEDH evidencian las consecuencias del mercado transfronterizo de la MS, la ausencia de una regulación común sobre la materia y, como todo ello, pone en riesgo el ISM.

13 Consideraciones finales

Todo lo expuesto es un reflejo de las consecuencias de la dimensión transnacional de la MS lo cual demanda una respuesta internacional para afrontar de forma

legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 35-36; ECHR. K.K. and others v. Denmark (Application n. 25212/21). Strasbourg, 06 dic. 2022; ECHR. Valdís Fjölfnisdóttir and Others V. Iceland (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto. 2021).

¹⁸² El Tribunal considera que “Lo que el interés superior del niño —que debe ser evaluado principalmente *in concreto* y no *in abstracto*— requiere es que el reconocimiento de esa relación, legalmente establecida en el extranjero, sea posible como máximo cuando se haya convertido en una realidad práctica. En principio, no corresponde al Tribunal, sino sobre todo a las autoridades nacionales evaluar [...]”. ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 52.*

¹⁸³ ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019. párr. 40 y 42.*

¹⁸⁴ Véase: AYAGO, Antonia Durán. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n. 2, p. 575-582, 2019.

coordinada y razonada el tema¹⁸⁵. Como se ha explicado en las secciones I y II es necesario revisar la práctica de la MS, a la luz de los instrumentos internacionales que velan por la protección del ISM, que prohíben que sea objeto de cualquier transacción o venta, para no incurrir en la trata de personas o esclavitud¹⁸⁶. No se considera que el ISM sea violado cuando este niño es deseado y será el foco del cuidado y de la atención, como advierte el TEDH en las sentencias analizadas. Siempre y cuando también se respete los derechos de la mujer gestante de modo que no sea mercantilizada y se garantice su autonomía para decidir en todas las etapas del proceso.

En esta dirección la sección II expuso la existencia de un amplio conjunto normativo que debe ser utilizado de forma conjunta para la protección de la dignidad, integridad y libertad de la persona menor. Lo que significa que el respecto a los derechos de la infancia y niñez deben permear cualquier tratamiento de la cuestión.

Se puede concluir que, en ausencia de una regulación adecuada, la práctica de MS puede violar algunos derechos de los menores, de los cuales destacamos dos. En primer lugar, el análisis de la vulneración del ISM de acuerdo al artículo 35 de la Convención de los Derechos del Niño (1989) y el Protocolo Facultativo relativa a la prohibición taxativa de la venta de niños (2000). Ello da pie a graves violaciones de los derechos de la persona menor y a la vulneración de su interés superior, ya que la práctica ha derivado, en recurrentes circunstancias, en el abandono y tráfico de niños como fue señalado por el Grupo de expertos sobre filiación y MS de la Conferencia de la Haya (2015). En segundo lugar, las convenciones internacionales relativas a la adopción (el Convenio Europeo de 2008 y el Convenio de la Haya de 1993) son incompatibles con la práctica de la MS. Ello se sucede principalmente por dos razones: 1. La irrevocabilidad del consentimiento inicial, ya que la gran mayoría de los modelos de contratos celebrados aleja la posibilidad de

¹⁸⁵ En el contexto brasileño tampoco existe un marco normativo propio, lo que podría incurrir en la vulneración del interés superior del menor y también en supuestos casos de trata con fines de adopción irregular. Para un análisis sobre la legislación brasileña en materia de subrogación véase: SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C.; MARTINS, Fernanda R. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência Da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 538-557, 2020. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6976/pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

¹⁸⁶ SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021. p. 188-196.

la mujer gestante de decidir sobre su propio cuerpo en todas las etapas del proceso. 2. La adopción se realiza sobre una base altruista, únicamente.

Con ello se reafirma la necesaria y urgente regulación internacional sobre la materia. Esta tiene dos posibles itinerarios:

Uno de ellos es la vía que conduce a la prohibición de la práctica a nivel internacional, fundamentado en dos premisas: una de que el cuerpo humano (y la capacidad reproductiva de la mujer) no puede ser objeto de comercio; la segunda, que el/la menor nacido de la MS no sea el objeto de esta mercantilización. Puesto que todo ello, deshumaniza a todos los niños y cosifica la madre gestante. En esta línea se debe establecer obligaciones internacionales que conduzcan a la persecución de la práctica de la MS, su mercantilización y medidas dirigidas a prohibir la celebración de contratos de MS. Esta corriente defiende que la prohibición internacional evita la comercialización de la maternidad y la instrumentalización del bebé.

La segunda vía posible, de la regulación, podría conducir a un marco internacional que autorice la MS altruista, estableciendo medios preventivos de prácticas que exploten al ser humano y prohibiendo la intermediación realizada por agencias transnacionales, que pueden encubrir el riesgo y amenaza de prácticas abusivas. En esta línea, y como recomendación, sería necesaria la prohibición de intermediarios por imperativo legal, porque evitaría la degeneración de esta dinámica en un negocio, lo cual lo desprovería de su carácter altruista. Dada la realidad internacional y los riesgos de quebrantamiento del ISM, este trabajo defiende esta segunda vía.

Bibliografía

AEBI. *Conclusiones de la Jornada Anual AEBI: maternidad subrogada: revisión ético-legal*. Madrid, 7 oct. 2016. Disponible en: http://aebioetica.org/archivos/Conclusiones_Jornada_AEBI_2016.pdf. Acceso en: 31 agosto 2023.

ALBERT, Marta. La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 177-197, 2017.

ALLAN, Sonia. The surrogate in commercial surrogacy: legal and ethical considerations. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katie (ed.). *Surrogacy, Law and Human Rights*. London: Routledge, 2016. p. 113-120.

ALLEN, Adeline A. Surrogacy and limitations to freedom of contract: toward being more fully human. *Harvard Journal of Law & Public Policy*, v. 41, n. 3, p. 753-811, 2018. Disponible en: <http://www.harvard-jlpp.com/wp-content/uploads/sites/21/2018/05/Allen-FINAL.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ASOCIACIÓN ESPAÑOLA DE BIOÉTICA. *In-forme: Maternidad Subrogada*. 2016.

AYAGO, Antonia Durán. Gestación por sustitución en España: a hard case needs law. De por qué la jurisprudencia no puede resolver este problema. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 11, n. 2, p. 575-582, 2019.

BAIRD, Natalie. Commercial surrogacy and the sale of children: a call to action for the committee on the rights of the child. In: MASSELOT, Annick; POWELL, Rhonda Louise (ed.). *Perspectives on Commercial Surrogacy in New Zealand: Ethics, Law, Policy and Rights*. Christchurch: Centre for Commercial & Corporate Law Inc: University of Canterbury, 2019. cap. 6.

BARREDA, Nicolás Jouve de la. Perspectivas bio-médicas de la maternidad subrogada. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 93, p. 153-162, 2017.

BELLVER, Vicente Bellver. ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones: el caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO-Revista de Filosofía*, v. 1, n. 11, 2015. Disponible en: <https://revistas.ucv.es/scio/index.php/scio/article/view/612>. Acceso en: 31 agosto 2023.

BREEN, Claire. *The standard of the best interests of the child*. The Hague: Martinus Nijhoff, 2002.

CABALLO, Gonzalo Aguilar. El principio del interés superior del niño y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Estudios Constitucionales*, n. 1, p. 223-247, 2008. Disponible en: <https://www.fundacionhenrydunant.org/images/stories/biblioteca/derecho-ninos-ninas/QL-yiwAzxp7.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CADORET, Anne. Peut-on rapprocher la gestation pour autrui de l'adoption? *Recherches Sociologiques et Anthropologiques*, n. 41-42, p. 5-23, 2010. Disponible en: <https://journals.openedition.org/rsa/241?lang=en>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CARAVACA, Alfonso Luis Calvo; GONZÁLEZ, Javier Carrascosa. Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, v. 7, n. 2, p. 45-113. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780/1558>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CASCIANO, Antonio. La subrogación en la maternidad: fenomenología de una interacción humana despersonalizadora. *Cuadernos de Bioética*, v. 29, n. 95, p. 39, 2018.

COMITÉ BIOÉTICO ESPAÑOL. *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*. 2017.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/156: directrices sobre la aplicación del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 10 sept. 2019. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/documents/legal-standards-and-guidelines/crcc156-guidelines-regarding-implementation-optional>. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/IND/CO/3-4: observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la India. 7 jul. 2014. Disponible en: <https://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsv3Jo0fnJEtYfIGTDt1J0qP5rl8iiOxYQqCN7yfukKx4iUkNMY%2BI2tER3ZzM0WtzLqHzDv5hd8%2F%2Fa%2FqqkGhWBIXnZLkGXTFQD4wZHot6syo>. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/MEX/CO/4-5: observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México. 3 jul. 2015. Disponible en: https://hchr.org.mx/wp/wp-content/themes/hchr/images/doc_pub/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/OPSC/ISR/CO/1: observaciones finales sobre el informe presentado por Israel en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 13 jul. 2015. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

G15/155/85/PDF/G1515585.pdf?OpenElement. Acceso en: 31 agosto 2023.

COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO. CRC/C/RUS/CO/4-5: observaciones finales sobre el informe presentado por la Federación de Rusia en virtud del artículo 12, párrafo 1, del Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 25 de febrero de 2014. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/411/52/PDF/G1441152.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*: Modificado por los Protocolos nos. 11, 14 y 15 - completado por el Protocolo adicional y los Protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16), art. 8 y 3. Roma, 4 nov. 1950.

CONSEJO DE EUROPA. *Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales*: modificado por los protocolos nos. 11, 14 y 15 completado por el protocolo adicional y los protocolos nos. 4, 6, 7, 12, 13 y 16. Roma, 4 nov. 1950. Disponible en: <https://www.derechoshumanos.net/Convenio-Europeo-de-Derechos-Humanos-CEDH/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. *Opinión consultiva 17 (OC-17/2002)*: solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. 28 agosto 2002.

COUNCIL OF EUROPE. *Treaty N. 202. European Convention on the Adoption of Children*. Strasbourg, 27 nov. 2008. Disponible en: <https://rm.coe.int/1680084823>. Acceso en: 31 agosto 2023.

DÉCLARATION de Genève sur les Droits des Enfants. Société des Nations, 26 sept. 1924. Disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023.

DOEK, Jaap. The CRC: Dynamics and Directions of Monitoring its Implementation. In: INVERNIZZI, Antonella; WILLIAMS, Jane (ed.). *The Human Rights of Children: From Visions to Implementation*. London: Routledge, 2011.

ECHR. *A.L. c. France (Requête N.13344/20)*. Strasbourg, 7 abr. 2022.

- ECHR. *A.M. v. Norway* (Application n. 30254/18). Strasbourg, 24 marzo 2023. (Final 24 jun. 2022).
- ECHR. *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother*. Requested by the French Court of Cassation". (Request N. P16-2018-001). Strasbourg, 10 abr. 2019.
- ECHR. *C contre la France et E contre la France* (Requêtes núms. 1462/18 et 17348/18). Strasbourg, 19 nov. 2019.
- ECHR. *D. et autres contre Belgique* (Requête N. 29176/13). Strasbourg, 8 jul. 2014.
- ECHR. *D.B. et Autres c. Suisse* (Requête N.58817/15 58252/15). Strasbourg, 22 nov. 2022.
- ECHR. *Foulon et Bouvet C. France* (Requêtes N. 9063/14 et 10410/14). Strasbourg, 21 jul. 2016.
- ECHR. *K.K. and others v. Denmark* (Application n. 25212/21). Strasbourg, 6 dic. 2022.
- ECHR. *Labassee C. France* (Requête N. 65941/11). Strasbourg, 26 jun. 2014.
- ECHR. *Laborie c. Francia*, (Requête N. 44024/13). Strasbourg, 19 enero 2017.
- ECHR. *Mennesson V. France* (Application n. 65192/11). Strasbourg, 26 jun. 2014.
- ECHR. *Paradiso and Campanelli V. Italy Judgment: Separate Opinions: Joint dissenting opinion of Judges Lazarova Trajkovska, Bianku, Laffranque, Lemmens And Grozev*. 2017.
- ECHR. *Paradiso and Campanelli vs Italia* (Application n. 25358/12). Strasbourg, 24 enero 2017.
- ECHR. *S.-H. c. Polonia* (5 Application n. 6846/15 y 56849/15). Strasbourg, 6 nov. 2021.
- ECHR. *Sección 2a, Case of Paradiso and Campanelli v. Italy* (Application n. 25358/12). Strasbourg, 27 enero 2015
- ECHR. *Valdís Fjölnisdóttir and Others V. Iceland* (Application n. 71552/17). Strasbourg, 18 mayo 2021 (Final 18 agosto 2021).
- EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Belaterra, 2015.
- EKMAN, Kajsa Ekis. *El ser y la mercancía, prostitución, vientres de alquiler y disociación*. Barcelona: Ediciones Belaterra, 2015.
- ELFERS, Isa. Alienation, commodification, and commercialization: feminist critique of commercial surrogacy agreements through the lens of labor exploitation and U.S. organ donation law. *Hastings Journal of Gender & the Law*, v. 33, n. 2, p. 151-186, 2022. Disponible en: <https://repository.uclawsf.edu/hwlj/vol33/iss2/3/>. p.160-164. Acceso en: 31 agosto 2023.
- ERGAS, Yasmine. Babies without borders: human rights, human Dignity, and the regulation of international Commercial surrogacy. *Emory International Law Review*, v. 27, n. 1, p. 117-187, 2013. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.emory.edu/eilr/vol27/iss1/5/>. Acceso en: 31 agosto 2023.
- ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. El Tribunal Supremo español reconoce la nulidad de los acuerdos de MS y les reconoce ciertos efectos jurídicos al plantear que la persona menor que nace de este proceso no sea privada de determinados derechos. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.
- ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sentencia núm. 835/2013, 6 de febrero de 2014*. Sala de lo Civil, Sección 10. 2014.
- ESPAÑA. Tribunal Supremo. *Sala de lo Civil, Sección 10: Sentencia núm. 247/2014, 10 de 6 febrero 2014*.
- FARLEY, Melissa. Prostitution, Liberalism, and Slavery. *Logos*, p. 1-11, 2013.
- FIELD, Martha A. *Surrogate motherhood: the legal and human issues*. Cambridge, London: Harvard University Press, 1990.
- FISCHBACH, Ruth L; LOIKE, John D. Maternal-fetal cell transfer in surrogacy: ties that bind. *Ame. J Bioeth*, v. 14, n. 5, p. 35-36, 2014.
- FREEMAN, Michael. The new birth right? Identity and the child of the reproductive revolution. *International Journal of Children's Rights*, v. 4, p. 273-286, 1990.
- GABRIEL, Eulalia W. Petit de. Menores separados: el dilema entre el interés general y el interés individual en la aplicación del derecho migratorio de la Unión Europea. *Cuadernos Europeos De Deusto*, n. 6, p. 87-116, 2022. Disponible en: <https://ced.revistas.deusto.es/article/view/2585>. Acceso en: 31 agosto 2023.

GERBER, Paula; O'BYRNE, Katherine. Souls in the house of tomorrow: the rights of children born via surrogacy. In: GERBER, Paula; O'BYRNE, Katherine (ed.). *Surrogacy law and human rights*. Farnham: Ashgate, 2015. p. 81–112.

GUERRA-PALMERO, María José. Contra la llamada gestación subrogada. Derechos Humanos y justicia global versus bioética neoliberal. *Gaceta Sanitaria*, n. 31-36, 2017. Disponible en: http://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0213-91112017000600016&lng=es&nrm=iso. Acceso en: 31 agosto 2023.

GUILBAULT, D.; SIROIS, M. *Esclavage des temps modernes*. Quebec: Pour les droits des femmes du Québec, 2017.

HCCC. *Convenio relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*. La Haya, 29 mayo 1993. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/11782.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. Prel. Doc. No 1. *Parentage / Surrogacy Experts' Group: Final Report* "The feasibility of one or more private international law instruments on legal parentage. nov. 2022. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6d8eeb81-ef67-4b21-be42-f7261d0cfa52.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. Prel. Doc. No 2. *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*. abr. 2022.

HCCH. Prel. Doc. No. 3. *The parentage/surrogacy Project: an updating note*. 2015. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HCCH. *The parentage / Surrogacy project*. [2023]. Disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>. Acceso en: 31 agosto 2023.

HEWITSON, Gilian. The commodified womb and neoliberal families. *Review of Radical Political Economics*, v. 6, n. 4, p. 489-495, 2014.

HOUGUE, Claire de La; ROUX, Caroline. Surrogate motherhood and human rights: analysis of human. *Legal and Ethical Issues*, 2016.

HUDOC. *European Court of Human Rights*. [2023]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

KEANEY, Jaya. The racializing womb: surrogacy and epigenetic kinship. *Science, Technology, & Human Values*, v. 47, n. 1, p. 1157-1179, nov. 2021. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/01622439211055228>. Acceso en: 31 agosto 2023.

KETCHUM, Sara Ann. Selling babies and selling bodies. *Hypatia*, v. 4, n. 3, p. 116-127, 1989.

KILKELLY, Ursula. The right to respect for private and family life; a guide to the implementation of article 8 of the European Convention on Human Rights. *Human Rights Handbooks*, n. 1, 2001. Disponible en: <https://www.refworld.org/docid/49f17e212.html>. Acceso en: 31 agosto 2023.

MIRALLES, Ángela Aparisi. Maternidad Subrogada y dignidad de la mujer. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, p. 16-28, 2017.

MOODY, Zoe. La fabrication internationale des droits de l'enfant: genèse de la Déclaration des Nations Unies relative aux droits de l'enfant (1946-1959). *Relations internationales*, v. 161, n. 1, p. 65-80, 2015. Disponible en: <https://www.cairn.info/revue-relations-internationales-2015-1-page-65.htm>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *A/HRC/34/55: Add.1: Report of the Special Rapporteur on the sale of children, child prostitution and child pornography*. 22 dic. 2016. Disponible en: <https://daccess-ods.un.org/tmp/6574871.54006958.html>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *A/HRC/37/60: Report of the Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. 15 enero 2018. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/documents/thematic-reports/ahrc3760-report-special-rapporteur-sale-and-sexual-exploitation-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948 en París*. 1948.

NACIONES UNIDAS. Comité de Derechos del Niño. *CRC/C/OPSC/USA/CO/2: observaciones finales sobre el segundo informe periódico de los Estados Unidos de América presentado de conformidad con el artículo 12 del Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de*

niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. 2 jul. 2013. Disponible en: <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=6QkG1d%2FPPRiCAqhKb7yhsjar1tI2g%2FApuNj6YT4u%2FwxJ0WmnbV%2B6zFKuqn6NUCOsUcWkNj9y4JRlerzOy0m%2BRUYeSvXv3rxYT4ftkW1%2B%2BgB20nmce%2BFBx9jI9Hhz28>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)*. Adoptada por la Asamblea General en su resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1989. 1989. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *CRC/C/GC/14*: Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1). 29 mayo 2013. Disponible en: https://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.doc. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Declaración de los Derechos del Niño de 1959 20 de noviembre de 1959*: A/RES/1386 (XIV). 1959. Disponible en: <https://www.cidh.oas.org/ninez/pdf%20files/Declaraci%C3%B3n%20de%20los%20Derechos%20del%20Ni%C3%B1o.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Declaración Universal de Derechos Humanos*: proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París, el 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III) (1948), art. 25.2. 1948. Disponible en: <https://www.un.org/es/about-us/universal-declaration-of-human-rights>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *E/C.12/2000/4*: Observación general N. 14: Adoptada por el Consejo Económico y Social, en 22.º período de sesiones, 11 de agosto de 2000: Observación general N. 14 (2000) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial. 2000. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G00/439/37/PDF/G0043937.pdf?OpenElement>. Acceso en: 31 agosto 2023.

NACIONES UNIDAS. *Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. CRC/C/GC/14, (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

NACIONES UNIDAS. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*: adoptado por la Asamblea General de la ONU en su Resolución 2200 (XXI), del 16 de diciembre de 1966.

NACIONES UNIDAS. *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*: Aprobado por la Asamblea General de Naciones Unidas, en su resolución A/RES/54/263, del 25 de mayo de 2000. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/optional-protocol-convention-rights-child-sale-children-child>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ORGANIZACIÓN DE LOS ESTADOS AMERICANOS. *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*: aprobada en la IX Conferencia Internacional Americana. Bogotá, Colombia, 1948.

PANDE, Amrita. *Wombs in labour*: transnational commercial surrogacy in India. New York: Columbia University Press, 2014.

PATRONE, Tatiana. Is paid surrogacy a form of reproductive prostitution? *Cambridge Quarterly of Healthcare Ethics*, v. 7, n. 1, p. 109–122, 2018.

PURDY, Laura Martha. *Reproducing persons*: issues in feminist bioethics. London: Ithaca: Cornell University Press, 1996.

QUINTANA, Lorenzo Álvarez de Toledo. El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de Ley y el correctivo de orden público internacional. *Cuadernos De Derecho Transnacional*, v. 6, n. 2, p. 5-49, 2014. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2259>. Acceso en: 31 agosto 2023.

RUIZ-CALDERÓN, José Miguel Serrano. Manipulación del lenguaje, maternidad subrogada y altruismo. *Cuadernos de Bioética*, v. 28, n. 2, 2017. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/219.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SAN-JOSÉ, Daniel García. La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución. *Revista Española de Derecho Constitucional*,

v. 113, p. 103-130, 2018. Disponible en: <https://recyt.fecyt.es/index.php/REDCons/article/view/67050>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SATZ, Debra (ed.). *“Why some things should not be for sale: the moral limits of markets?”*. Oxford: OUP, 2010.

SAXENA, Pikee; MISHRA, Archana; MALIK, Sonia. Surrogacy: ethical and legal issues. *Indian J Community Med.*, v. 37, n. 4, p. 211–213, 2012. Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC3531011/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SHANLEY, Mary Lyndon. *Making babies, making families: what matters most in an age of reproductive technologies, surrogacy, adoption, and same-sex and unwed parents’ rights*. Boston: Beacon Press, 2001.

SILVA, Waldimeiry Correa da. Gestación por sustitución y derechos humanos: ¿explotación o autonomía sobre los cuerpos de las mujeres? *Revista Jurídica*, v. 5, n. 67, 2021.

SILVA, Waldimeiry Correa da. *Maternidad subrogada: vulnerabilidades, derechos humanos, explotación y autonomía*. Pamplona: Thomson-Aranzadi, 2021.

SMOLIN, David M. Surrogacy as the sale of children: applying lessons learned from adoption to the regulation of the surrogacy industry’s global marketing of children. *PEPP. L. REV.*, v. 43, n. 2, p. 265-344, 2016. Disponible en: <https://digitalcommons.pepperdine.edu/plr/vol43/iss2/2/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

SPAR, Debra. Reproductive tourism and the regulatory map. *New England Journal of Medicine*, v. 352, n. 6, p. 531-533, 2005.

SQUEFF, Tatiana de A. F. R. C.; MARTINS, Fernanda R. Maternidade por substituição: perspectivas da Conferência Da Haia e suas potenciais influências no regramento brasileiro. *Revista de Direito Internacional*, v. 17, n. 3, p. 538-557, 2020. Disponible en: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/rdi/article/view/6976/pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

TOBIN, John. To prohibit or permit: what is the (human) rights response to the practice of international commercial surrogacy? *International and Comparative Law Quarterly*, v. 63, p. 317-352, 2014. Disponible en: <https://www.cambridge.org/core/journals/international-and-comparative-law-quarterly/article/abs/to-prohibit-or-permit-what-is-the-human-rights-response-to-the-practice-of-international-commercial-surrogacy/>

CB88480829B7D13E21037DD80EA4DF8C. Acceso en: 31 agosto 2023.

TRIMMINGS, Katarina; BEAUMONT, Paul. (ed.). *International surrogacy arrangements: legal regulation at the international level*. Oxford: Hart Publishing, 2013.

U. S. ATTORNEY’S OFFICE. Baby-Selling Ring Busted. *The FBI Federal Bureau of Investigation*, Southern District of California, 9 agosto 2011. Disponible en: <https://archives.fbi.gov/archives/sandiego/press-releases/2011/baby-selling-ring-busted>. Acceso en: 2 sept. 2023.

UNIÓN EUROPEA. *Carta de los Derechos Fundamentales de la EU*: (2016/C 202/02), del 7 de junio de 2016, p. 389-405, art. 24.2: Orientaciones de la UE relativas a la promoción y la protección de los derechos del menor, 2007. 2016.

UNITED NATIONS. *Committee on the Rights of the Child*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/treaty-bodies/crc>. Acceso en: 31 agosto 2023.

UNITED NATIONS. *Special Rapporteur on the sale and sexual exploitation of children*. [2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/special-procedures/sr-sale-of-children>. Acceso en: 31 agosto 2023.

VILLAR, José Eugenio Azpiroz. Algunas consideraciones sobre el contrato de vientres de alquiler a la vista de la legislación española sobre adopción. *Cuadernos de Bioética*, v. 30, n. 99, p. 187-198, 2019. Disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2019/30/99/187.pdf>. Acceso en: 31 agosto 2023.

WATSON, Clara. Womb rentals and baby-selling: does surrogacy undermine the human dignity and rights of the surrogate mother and child? *New Bioethics*, v. 22, n. 3, p. 212-228, 2016. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/28219265/>. Acceso en: 31 agosto 2023.

ZYL, Liezl van; WALKER, Ruth. Surrogacy, compensation, and legal parentage: against the adoption model. *Bioethical inquiry*, v. 12, n. 3, p. 383-387, 2015. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11673-015-9646-4>. Acceso en: 31 agosto 2023.

Para publicar na Revista de Direito Internacional, acesse o endereço eletrônico
www.rdi.uniceub.br ou www.brazilianjournal.org.
Observe as normas de publicação, para facilitar e agilizar o trabalho de edição.