

**"INFANCIA OCULTA EN LA LÍNEA DE FRENTE:
LA PROTECCIÓN DE LA NIÑEZ GESTADA POR
SUSTITUCIÓN EN EL CONTEXTO DEL
CONFLICTO ARMADO INTERNACIONAL EN
UCRANIA"**

▬ Trabajo de Fin de Máster ▬

**Máster Universitario en Diplomacia y
Organizaciones Internacionales**

**Autor/a: Rocío Gabriela Sanabria
Menjivar**

Tutor/a: Dra. Iraida A. Giménez

Fecha de entrega: 11 de mayo de 2023

CONTENIDO

ABREVIATURAS.....	4
INTRODUCCIÓN.....	5
I. CAPÍTULO I.....	7
GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL	7
1.1.1 El desarrollo de la tecnología de reproducción asistida (TRA) y los cambios en las normas sociales.	9
1.1.2 Desafíos previos en el reconocimiento de menores gestados por sustitución y protección del principio del Interés Superior de la niñez en Estados receptores	15
II. CAPÍTULO II.....	18
SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN MENORES GESTADOS POR SUSTITUCIÓN EN UCRANIA RESPECTO DE SU CONDICIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE CONFLICTO INTERNACIONAL CON RUSIA.....	18
2.1.1 Gestación por sustitución y marco jurídico nacional en Ucrania	25
2.1.2 Mecanismos de protección internacional vigentes y desafíos para la reunificación familiar de menores gestados por sustitución.....	29
2.1.3 Interés superior del niño como principio rector y reconocimiento de la filiación adquirida en el Estado de origen (Ucrania) donde se celebra el contrato de gestación por sustitución.....	32
2.1.4 Aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de menores gestados por sustitución	35
III. CAPÍTULO III.....	42
DESAFÍOS ACTUALES	42
3.1 Inseguridad jurídica nacional de Estados receptores respecto de la gestación por sustitución internacional.....	42
3.2 Componente de conflicto internacional en el territorio de origen	44
3.3 Inseguridad jurídica internacional y desprotección normativa e institucional de menores gestados por sustitución.....	46
3.4 Dilemas ético jurídicos respecto de la gestación por sustitución y el desarrollo normativo e institucional	48
3.4.1 Transacciones económicas y gestación por sustitución	49
3.4.2 Mujeres en situación de pobreza que prestan servicios de maternidad por sustitución	50
3.4.3 Gestación por sustitución desde la perspectiva de género	52
IV. CAPÍTULO IV.....	54
PROPUESTAS DE MEJORAS ENFOCADAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ A LA LUZ DE LOS DESAFÍOS PRESENTADOS POR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN	54

4.1 Los Estados y su compromiso en el cumplimiento del contenido de los Tratados internacionales y el control de convencionalidad sobre los derechos de la niñez en la tipificación de la venta de niños en la normativa interna	54
4.2 Compromiso de los Estados en la implementación de políticas públicas encaminadas en la inclusión y garantía de los derechos de mujeres en situación de pobreza.....	57
4.3 Los Estados y su compromiso en la implementación de políticas públicas encaminadas en campañas de concientización respecto de los derechos de la niñez. .	58
4.4 Aplicación del margen de apreciación nacional y los contra límites en Tribunales internacionales especializados en Derechos Humanos.....	59
4.5. Comentarios sobre la renovación y modificación de la Política de Infancia ("Policy Children 2016") de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, en respuesta a la convocatoria pública para consulta y participación ciudadana.....	62
V. CONCLUSIONES.....	66
VI. ANEXOS	70
ANEXO I.....	70
Entrevista I	70
Entrevista II:.....	80
Entrevista III:	91
ANEXO II.....	103
VII. BIBLIOGRAFÍA.....	104

ABREVIATURAS

(ACNUDH) Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos

(EPRS) European Parliamentary Research Service

(TRA) Tecnología de Reproducción Asistida

(TEDH) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(CDN) Convención sobre los Derechos del Niño

(CEDH) Convenio Europeo de Derechos Humanos

(CIDH) Comisión Interamericana de Derechos Humanos

(CADH) Convención Americana de Derechos Humanos

(CHIP) Child Identity Protection

(Corte IDH) Corte Interamericana de Derechos Humanos

(CIJ) Corte Internacional de Justicia

(CPI) Corte Penal Internacional

(DIH) Derecho Internacional Humanitario

(DIDH) Derecho Internacional de los Derechos Humanos

(FIV) Fecundación in vitro

(UNICEF) Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

(ICAT) Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas

INTRODUCCIÓN

El conflicto internacional en Ucrania¹ ha tenido un impacto significativo en la vida de la población, incluyendo a los menores que han sido gestados por sustitución. Aunque la gestación por sustitución es un tema controvertido en el ámbito internacional debido a las implicaciones éticas, legales y sociales que conlleva, los niños que nacen a través de este proceso tienen derecho a la protección integral de sus derechos, tal como se establece en la Convención de los Derechos del Niño.

La gestación por sustitución es un tema que ha generado controversia en la comunidad internacional, especialmente en países como Ucrania², donde se ha convertido en una práctica habitual. Sin embargo, en el contexto del conflicto en Ucrania, estos niños pueden estar en situación de mayor vulnerabilidad y ser invisibilizados, lo que los expone a mayores riesgos, por lo que hace necesario analizar su situación y proponer medidas para garantizar su protección.

La protección de la niñez es un tema fundamental para garantizar el desarrollo sostenible y la realización de los derechos humanos de los niños y niñas en todo el mundo. En Ucrania, la situación de la niñez es particularmente preocupante debido al conflicto armado que ha afectado al país en los últimos años, lo que ha dejado a muchos niños en una situación de vulnerabilidad. Además, a pesar de los esfuerzos realizados por las autoridades ucranianas y la comunidad internacional para proteger los derechos de la niñez, todavía existen múltiples desafíos y obstáculos que impiden una protección efectiva de los niños y niñas.

Es importante tomar en cuenta a la primera infancia en los conflictos internacionales porque son los niños y niñas quienes más sufren las consecuencias de la violencia y la guerra. La primera infancia es una etapa crítica del desarrollo humano, donde los niños y niñas están en proceso de formación de su identidad y personalidad, así como de adquisición de habilidades y capacidades fundamentales para su desarrollo futuro³.

En los conflictos internacionales, los niños y niñas son expuestos a situaciones de violencia, miedo, inseguridad y desplazamiento, lo que puede tener graves consecuencias en su desarrollo físico, mental y emocional⁴. Además, la falta de acceso a servicios básicos como salud, nutrición, educación y protección⁵, puede agravar aún más la

¹ UN Global Crisis Response Group on Food Energy and Finance; “*Global impact of the war in Ukraine: Billions of people face the greatest cost-of-living crisis in a generation*”; pp. 9. Junio, 2022; Disponible en: https://unsdg.un.org/sites/default/files/2022-06/GCRG_2nd-Brief_Jun8_2022_FINAL.pdf

² Gill, Fiona; “*War has exposed the questionable practice of commercial surrogacy in Ukraine, Who is responsible for children born in the chaos of this war?*” <https://mercatornet.com/war-has-exposed-the-questionable-practice-of-commercial-surrogacy-in-ukraine/83526/>

³ OEA; CEREBRUM; “*Primera Infancia: una mirada desde la neuroeducación*”; pp. 19; Disponible en: <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/rh/primera-infancia-esp.pdf>

⁴ Pinheiro, Paulo Sérgio; Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños; “*Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas*”; Pp. 37; Disponible en:

<http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/informeMundialSobreViolencia.pdf>

⁵ Humanium; “*Niños en contextos bélicos*”; Disponible en: <https://www.humanium.org/es/enfoques-tematicos/violencia/ninos-guerra/>

situación de vulnerabilidad en la que se encuentran los niños y niñas en estos contextos. Es importante garantizar su protección y bienestar en situaciones de violencia y guerra. Esto implica asegurar el acceso a servicios básicos de salud, nutrición, educación y protección, así como promover entornos seguros y protectores para los niños y niñas, donde puedan desarrollarse plenamente y ejercer sus derechos.

Es por eso que se hace necesaria una investigación que aborde la protección de la niñez en Ucrania desde un enfoque transversal de derechos humanos y perspectiva de niñez. Este enfoque considera la protección de los derechos humanos de los niños como una cuestión interdependiente e indivisible, donde todos los derechos humanos deben ser respetados, protegidos y cumplidos para garantizar el bienestar y desarrollo de la niñez. Además, esta perspectiva de niñez reconoce a los niños como sujetos de derechos de conformidad a su autonomía progresiva y no como objetos de protección.

La pregunta de investigación que se plantea es si ¿La niñez gestada por sustitución en el contexto del conflicto armado internacional en Ucrania está siendo invisibilizada por la comunidad internacional?, De ser afirmativa la primera respuesta, se analizará sí: ¿Están los niños y niñas gestados por sustitución expuestos a mayores riesgos?, Por último ¿Contiene el derecho internacional obligaciones que permitan asegurar una protección integral de la niñez en este contexto?; Para abordar esta pregunta, se analizará la situación de vulnerabilidad de estos menores en el contexto del conflicto, así como los desafíos actuales y oportunidades de mejora para la protección de sus derechos a través de diferentes mecanismos nacionales como internacionales y de cooperación.

A través del presente trabajo se identificará la situación jurídica e integral de los menores gestados por sustitución en el contexto del conflicto internacional en Ucrania, identificando los desafíos actuales y las oportunidades y propuestas de mejora para garantizar su protección integral de derechos. Entre los objetivos del presente trabajo se encuentran los siguientes: Identificar la situación jurídica de los menores gestados por sustitución en Ucrania en el contexto del conflicto internacional con Rusia; Analizar los riesgos a los que están expuestos estos menores y cómo afectan su protección integral de derechos; Identificar las oportunidades de mejora para garantizar la protección integral de derechos de los menores gestados por sustitución en el contexto del conflicto en Ucrania.

La investigación se realizará utilizando una metodología investigativa, cualitativa y legal. Se realizará una revisión bibliográfica exhaustiva de fuentes científicas, legales, y doctrinales, así como de estudios y artículos relacionados con el tema. Además, se llevarán a cabo entrevistas con expertos en derecho internacional de los derechos humanos enfocado en la niñez, incluyendo a representantes de organizaciones internacionales y organizaciones locales que trabajan en la protección de los derechos de la infancia. También se analizarán los datos disponibles sobre la situación de los menores gestados por sustitución en el contexto del conflicto en Ucrania.

I. CAPÍTULO I

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL

En el ámbito internacional, la gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida es una de las realidades más complejas que acompañan a varias familias, menores y mujeres. Parte de esta realidad internacional es el hecho de identificar que por medio de contratos mercantiles y empresas intermediarias, se puede acceder a servicios de maternidad subrogada o brindar el servicio de forma legal en algunos Estados. Sin embargo, en la actualidad solo se cuenta con recomendaciones desde las agencias de las Naciones Unidas y todavía no existen estándares internacionales vinculantes que contengan lineamientos que protejan la integridad personal de niños y niñas que nacen a través de este mecanismo de reproducción.

Sin duda alguna, la gestación por sustitución o maternidad subrogada abrió un debate que sigue en curso desde hace décadas. Este debate consiste en si debe o no legalizarse en los ordenamientos jurídicos internos o si expresamente se debe prohibir en el ordenamiento jurídico internacional para tener una mayor incidencia⁶. Por un lado, la teoría del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por su contenido y estructura puede bregar y prevenir con las consecuencias de estos nuevos desafíos respecto de la protección de los niños nacidos a través de la gestación por sustitución en situaciones de paz; y por otro lado, El Derecho Internacional Humanitario también puede atender desafíos agravados por conflictos internacionales. Por tal motivo, el presente estudio se abordará desde la óptica del ordenamiento jurídico Internacional de los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario con el enfoque de niñez.

El panorama internacional distingue “cuatro grupos diferenciados de países: Por un lado, los que carecen de regulación (Argentina o Tailandia, entre otros)⁷, por otro,

⁶ Comité de Bioética; “Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada”, 2017, pp 40, [Consultado: 15 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>

⁷ Echegaray, Laura Fernández; “Gestación por sustitución: españoles atrapados en ucrania”. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED. En cuanto a países como Argentina, El Salvador, Perú y Tailandia no lo prohíben ni lo regulan de forma expresa en sus ordenamientos jurídicos internos, sin embargo, tienen diferentes matices; (Argentina): la gestación subrogada no es legal en Argentina, no obstante, tampoco existe una prohibición expresa. (El Salvador): por un lado no se cuenta con una regulación sobre maternidad subrogada; por otro lado, cuenta con un cuestionario que ha respondido sobre salvaguardias para la protección de los derechos de niñas y niños nacidos a partir de acuerdos de maternidad subrogada, solicitado por la Relatora Especial sobre la Venta y Explotación de Niños como insumo para el informe a presentar en la 74ª Asamblea General de las Naciones Unidas. No obstante a lo anterior, la manipulación genética está tipificada en el Código Penal salvadoreño en el artículo 140.

(Perú): la maternidad subrogada no está ni permitida ni prohibida.

(Tailandia): Desde 2015, la maternidad subrogada no está regulada. La prohibición no es expresa pero sí se regula la protección de los menores nacidos a través de esta técnica de reproducción en la “Ley de protección de los niños subrogados nacidos por medicina reproductiva tecnológicamente asistida”, que entró en vigor el 19 de febrero de 2015. La ley limita en términos legales la maternidad subrogada y permite solo con fines altruistas. Asia News reportó en junio de 2022 que Tailandia se plantea modificar la ley para permitir a parejas extranjeras acceder a servicios, además siguen combatiendo la maternidad subrogada ilegal.); Revista científica. pp1. [Consultado: 7 de Enero de 2023]. ISSN18869912. Disponible en:

algunos que, como España, la rechazan expresamente (Francia, Alemania, Suiza, Italia, Austria o Portugal)⁸ y, finalmente, los que la permiten. A su vez, dentro de este último grupo hay que diferenciar los que lo hacen únicamente de forma gratuita (Brasil, Reino Unido, Canadá, Israel, Grecia, México- Tabasco, Australia, Sudáfrica etc...)⁹; Y los que van más allá y la permiten, incluso, de forma comercial (Rusia, India, Ucrania, Estados Unidos etc.)¹⁰. Un número poco significativo de Estados disponen de marcos jurídicos y políticos nacionales que salvaguarden los derechos de la niñez frente a la gestación por sustitución.

El Comité de los Derechos del Niño, en sus observaciones e informes temáticos sobre niñez y la maternidad subrogada del Relator Especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de los niños, así como los Principios de Verona, proporcionan orientación sobre la protección de los derechos de los niños nacidos por gestación subrogada. En las observaciones se identificaron desafíos y amenazas en la protección de la niñez tales como:

... el riesgo de sufrir múltiples violaciones de sus derechos humanos, en particular, su derecho a la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a los orígenes; el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud; y el derecho a no ser vendidos [este último también recogido en el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (OPSC)]¹¹.

Entre otras posiciones respecto de la subrogación internacional, el debate se sigue refiriendo a los aspectos éticos y legales. Uno de los dilemas es: “si es compatible con el principio de vulnerabilidad, con la dignidad y los derechos humanos de las personas afectadas: 1) los niños resultantes de esta práctica, 2) la mujer gestante y 3) los comitentes”¹². De esta perspectiva se hace énfasis en que la regulación de la gestación por sustitución sería insuficiente y que la respuesta correcta sería alcanzar un acuerdo universal para prohibirla¹³. Además, es relacionado con la legitimación de la gestación por sustitución.

La perspectiva utilitarista en cambio, resalta los beneficios para todas las partes; las madres que prestan el servicio reciben un beneficio económico y satisfacción moral

<https://www.proquest.com/openview/f13a98c1d51b82fe7a20c8844e6abbbf/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596356>

⁸ Echegaray, Laura Fernández; “Gestación por sustitución: españoles atrapados en Ucrania”. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED); Revista científica. pp1. [Consultado: 7 de Enero de 2023]. ISSN18869912. Disponible en:

<https://www.proquest.com/openview/f13a98c1d51b82fe7a20c8844e6abbbf/1?pq-origsite=gscholar&cbl=1596356>

⁹ Idem

¹⁰ Idem

¹¹ UNICEF; “Key considerations: children’s rights & surrogacy”; pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/115331/file> | Convención sobre los Derechos del Niño, Derecho a preservar su identidad: Artículos 7-11;

<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹² Bellver Capella, Vicente; “¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”. SCIO. Revista de Filosofía, n.º 11, Noviembre de 2015, 19-52, pp 20. [Consultado: 2 de Enero de 2023]. ISSN: 1887-985. Disponible en :

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5297311.pdf>

¹³ Ibídem

al poder colaborar con familias con deseos de tener hijos; los padres se ven beneficiados al satisfacer sus deseos de tener hijos; y, los hijos estarán en un entorno familiar cuyos padres han deseado¹⁴. Desde sectores ligados al feminismo liberal lo relacionan a la autonomía y libertad reproductiva que equiparan a su vez con la prohibición del aborto y la posibilidad de participar en la economía del mercado¹⁵. Estas dos perspectivas no toman en cuenta el enfoque de niñez, no garantizan el derecho a preservar su identidad, el interés superior y no tratan a la niñez como sujetos de derechos de acuerdo a su autonomía progresiva.

En efecto, la Comisión Especial sobre funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional “observó la creciente incidencia de los acuerdos internacionales de maternidad subrogada y recomendó que la Conferencia de La Haya siga estudiando las cuestiones jurídicas, especialmente de Derecho internacional privado sobre la maternidad subrogada internacional”¹⁶.

Más allá de las consecuencias ético jurídicas, el debate no deja de ser social, pues no ha llegado a nivel político internacional. Existe falta de voluntad política para abordar la temática y no hay muchos espacios en los que se haya podido llegar a consensos. Es evidente que la maternidad subrogada ahora es a nivel global, y esto conlleva nuevos riesgos para la primera infancia y las madres gestantes, además de repercusiones en los distintos países.

A pesar de ello, el presente trabajo se dedicará a estudiar la protección de los derechos de niños y niñas que han nacido a través de este mecanismo de reproducción y la trascendencia en los derechos humanos que puede originar el no contar con parámetros internacionales específicos. Nos enfocaremos en la situación actual de los niños nacidos por medio de gestación por sustitución en Ucrania durante el conflicto internacional, que es en uno de los países que actualmente tiene regulación interna en la modalidad internacional y comercial.

1.1.1 El desarrollo de la tecnología de reproducción asistida (TRA) y los cambios en las normas sociales.

La evolución en la tecnología ha jugado un papel fundamental en las nuevas técnicas de reproducción asistida (TRA), y esto ha dado lugar a su vez a un cambio en los

¹⁴ García del Río, Manuel; Hernández Gil, Ángel. “Consideraciones ético deontológicas de la maternidad subrogadas o gestación por sustitución”. 10.04.2017. Párr.89 [Consultado: 17 de Febrero de 2023]. Disponible en : <https://commalaga.com/consideraciones-etico-deontologicas-de-la-maternidad-subrogadas-o-gestacion-por-sustitucion/>

¹⁵ Idem

¹⁶ Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry, Adoption, June 17–25, 2010, Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission, pp 25–26, [Consultado: 17 de Enero de 2023]. Disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/e5960426-2d1b-4fe3-9384-f8849d51663d.pdf>

comportamientos y en las normas sociales. Las relaciones interpersonales también se han ido modificando, especialmente en el ámbito familiar¹⁷. En sus comienzos,

*...en el caso concreto de mujeres que padecían una patología uterina, se suscitó la posibilidad de poder recurrir al útero de otra mujer. El primer acuerdo de maternidad subrogada documentado, con empleo de la inseminación artificial, se llevó a cabo en 1976. Dicho acuerdo fue patrocinado por el abogado Noel Keane, el cual creó en Michigan la Surrogate Family Service Inc.*¹⁸.

Al aparecer la fertilización in vitro, se dio otro cambio en el año 1978; así, “el primer caso de gestación por sustitución «gestacional» reportado en el mundo, en el cual la gestante no aportó sus óvulos— ocurrió en 1984, cuando los óvulos de una mujer sin útero fueron transferidos al útero de una mujer que dio a luz al niño con el que no tenía ninguna relación genética”¹⁹.

Las primeras experiencias de acuerdos de maternidad subrogada se relacionaron al altruismo o solidaridad y esta fue la imagen que se tuvo por mucho tiempo. Posteriormente, se llegaron a justificar las compensaciones económicas de por medio y es cuando se empezó a llamar “vientres de alquiler” a la comercialización de menores de madres gestantes²⁰.

En su glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA), publicado en 2010, la Organización Mundial de la Salud define como “*gestante subrogada*” “... a la mujer que lleva adelante un embarazo habiendo acordado que ella entregará el bebé a los padres previstos. Los gametos pueden originarse de los padres previstos y/o de terceros”²¹.

Los tipos de gestación por sustitución suelen clasificarse en función de la retribución económica a la gestante que es identificado en ordenamientos jurídicos internos como Ucrania²²; en función de la relación genética, en función de la relación con

¹⁷ López Guzmán, José., & Aparisi Miralles, Ángela . (2012), “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada.” Cuadernos de Bioética, Vol. XXIII, núm.2, pp.257 [Consultado: 29 de Diciembre de 2022]. ISSN: 1132-1989. Disponible en : <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001>

¹⁸ *Ibidem*

¹⁹ Lamm, Eleonora; “Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres” pp. 20. Véase Utian, W. H., Sheean, L., Godfarb, J., Kiwi, R. «Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». New England Journal of Medicine, núm. 313, 1985, pp. 1351-1352. En 1983 se logró el primer embarazo después de una donación de ovocitos, que terminó con un aborto durante el primer trimestre; Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

²⁰ *Ibidem*

²¹ Organización Mundial de la Salud (OMS); International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) . “Glosario de terminología en Técnicas de Reproducción Asistida (TRA). Versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS)” ; pp 7. [Consultado: 17 de Febrero de 2023]. Disponible en : https://cnrha.sanidad.gob.es/documentacion/bioetica/pdf/Tecnicas_Reproduccion_Assistida_TRA.pdf

²² Ministerio de Salud de Ucrania. “Sobre la aprobación del Procedimiento de aplicación de técnicas de reproducción asistida en Ucrania”. pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://maternidad-subrogada-centro.es/maternidad-subrogada-law.pdf>

la madre gestante, que suelen clasificarse por la doctrina²³ y en función del país donde se realiza, nacional o internacional²⁴.

En función de cómo se lleve a cabo el embarazo de la gestante, se distinguen dos tipos de gestación por sustitución, la gestación subrogada tradicional o parcial y la gestación subrogada gestacional o completa. La revista Reproducción Asistida Org, define y distingue la Gestación subrogada tradicional o parcial cuando:

...la mujer aporta la carga genética. Generalmente se refiere a la gestación subrogada realizada a través de una inseminación artificial con semen del futuro padre aunque también podría tratarse de una FIV con óvulos de la gestante”²⁵. Y, “la Gestación subrogada gestacional completa cuando la gestante no cede sus óvulos para la creación del embrión que va a gestar, sino que la dotación genética proviene de la futura madre o en algunos casos de una donante de óvulos²⁶.

Entre las definiciones de maternidad subrogada podemos encontrar la relacionada al altruismo, indica que es...

...el contrato en virtud del cual se conviene la gestación a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero, sin obtener precio a cambio. De modo que una parte se obliga a someterse a técnicas de reproducción asistida, embarazarse, gestar nueve meses un bebé, entregarlo tras el nacimiento y renunciar a la filiación materna a su favor²⁷.

O la definición con fines comerciales, “...a su vez, se obliga a pagar una compensación económica por los gastos derivados del contrato, adquiriendo todos los derechos y obligaciones sobre el bebé derivados de la determinación de la filiación”²⁸.

Las TRA, y las nuevas tecnologías han dado la pauta para que se socialice la idea de qué niños y niñas gestados por estos medios, y cuerpos ajenos (mujeres) sean vistos como productos que se puedan comercializar. El problema recae en las concepciones y el nivel de aceptación en diferentes Estados ante esta práctica y la desigualdad en términos económicos y las relaciones de poder. Es conocido que los mayores consumidores de este tipo de servicios suelen venir de países de renta alta per cápita y por el contrario, las mujeres gestantes que dan estos servicios suelen venir de países con una renta baja o

²³ Lamm, Eleonora. “Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres”. pp27; [Consultado: 17 de Febrero de 2023] Disponible en:

http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

²⁴ UNICEF; “Key considerations: children’s rights & surrogacy”; (Las agencias de Naciones Unidas hacen referencia a la connotación y auge internacional y los tribunales supranacionales de derechos humanos); pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en:

<https://www.unicef.org/media/115331/file>

²⁵ Trolice, Mark P.; Salvador, Zaira: Reproducción Asistida Org. “¿Qué es la gestación subrogada? – Definición, tipos e indicaciones”. pp2; [Consultado: 17 de Febrero de 2023] Disponible en:

<https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/#tipos-de-gestacion-subrogada>

²⁶ Idem

²⁷ Castellanos Claramunt, Jorge; Albert, Marta; “Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico filosófico: avance técnico, retroceso humano” Revista sobre la infancia y la adolescencia, 17, 62-80 - Octubre 2019, Universitat de València [Consultado: 28 de enero de 2023] pp 63 ISSN 2174- 7210. Disponible en: <https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933/11968>

²⁸ Idem

media²⁹. Generalmente las madres gestantes se encuentran en situación de vulnerabilidad, entonces la legitimidad del consentimiento se ve gravemente cuestionada. Desde el enfoque de la niñez, no se puede asumir que hay consentimiento al tener menos de dieciocho años, y en especial cuando está en la fase de primera infancia y se necesita mayor protección a su integridad personal³⁰.

La globalización ha venido a cambiar muchas realidades, entre ellas el acceso que se tiene a la tecnología, los intercambios y compensaciones económicas como por ejemplo el e-commerce, y el crecimiento económico; Pero, este crecimiento económico y evolución no ha impactado de la misma forma, la desigualdad social ha aumentado. La globalización “es una de las grandes causas detrás del aumento de la desigualdad en el mundo durante los últimos 20 años porque limita la capacidad negociadora de los trabajadores y genera una inequidad muy pronunciada de los ingresos”³¹.

Las desigualdades acentuadas en tiempos de globalización, inciden en la toma de decisiones en los ámbitos laborales y las nuevas modalidades de subsistencia. Según un informe sobre desigualdad en los países en desarrollo elaborado por el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), “a esta situación se suman algunas políticas internas que contribuyen a las grandes diferencias al reducir las inversiones públicas en servicios y protección social”³². Al enfrentar fenómenos en las relaciones sociales no solo se debe bregar con soluciones a corto plazo para enfrentar los síntomas de los problemas, sino también, soluciones a largo plazo para atender soluciones duraderas y efectivas con enfoque de derechos humanos.

La disyuntiva que acaece de la gestación por sustitución seguirá su curso, pero es necesario conocer y reconocer el origen del problema e identificar las consecuencias sobre los sujetos de derecho desprotegidos frente a la falta de estándares internacionales que garanticen mínimos. Por tal motivo es necesario buscar soluciones a corto, mediano y largo plazo que respondan de forma integral.

Es una realidad actual que el avance en la tecnología ha otorgado herramientas que no se habrían imaginado hace varias décadas y el Derecho Internacional de los

²⁹ Mardini-Burgos, Jalil; e Varsi-Rospigliosi, Enrique. “*Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho Efecto de la informalidad en el mercado de maternidad subrogada*”. (La literatura de AED ha sido tradicionalmente desarrollada en Estados Unidos y en países de Europa en los que no se desarrolla los efectos de la informalidad en un análisis de mercado. Por las estadísticas publicadas en “The Economist”, se reportó que el nivel de informalidad en el PBI entre el 2010 y 2014 de los países de la OCDE, conocidos como “el club de los países ricos” (compuesto por Estados Unidos y países europeos), se mantuvo por debajo del 18%. Por el contrario, los países del Sur asiático (paraísos reproductivos) y Latinoamérica, reportaban un porcentaje de informalidad ascendente al 34% y 40%⁵: Posteriormente, la Organización Mundial del Trabajo (OMT)⁶ reportó que, en el 2016, la India registraba un 86% de fuerza laboral informal y en el caso de Perú, ésta ascendía a un 72%). /Rev. Bioética y Derecho no.53 Barcelona 2021 Epub 21-Nov-2022. València [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872021000300009

³⁰ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC; “Definición del concepto de trata de personas”; pp.4; Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

³¹ Naciones Unidas, “*Desigualdad: La globalización la agudiza, las políticas inclusivas la reducen*”. Noticias ONU, Mirada global Historias humanas; Portal Web. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: <https://news.un.org/es/audio/2014/01/1404151>

³² Idem

Derechos Humanos debe estar y seguir siendo un compromiso serio entre los Estados y todos los actores internacionales. De igual manera, es importante protagonizar en conjunto a través de la eficiencia horizontal del ordenamiento jurídico internacional de los derechos humanos y su relación con los particulares (Madres gestantes, Tribunales Internacionales, Organizaciones de la Sociedad Civil, Academia).

Mencionado lo anterior, no se pueden dejar de lado los datos estadísticos y reflexionar. Por una parte, podemos ver por ejemplo que en 2022 se identificó que el 9,5% de los nacimientos en España son fruto de la reproducción asistida³³. Tomando en cuenta que dentro de las TRA “la gestación subrogada, es una práctica que no está legalizada en España”³⁴. Por otra parte, en 2017 en España, “el Comité de Bioética, dependiente del Ministerio de Sanidad, pidió en mayo la prohibición a nivel internacional de estos contratos “en garantía de la dignidad de la mujer y del niño”³⁵. En vista de ello, el pronunciamiento de algunos comités³⁶ en diferentes países o movimientos sociales³⁷ que solicitan la prohibición internacional no termina de convencer y hacer eco en las altas esferas internacionales. Estos contratos de gestación por sustitución de una manera u otra siguen surtiendo efectos jurídicos, cuando son considerados nulos en países como España³⁸.

Aun teniendo prohibida la gestación por sustitución en España, las personas de nacionalidad española viajan a otros países para poder contratar servicios de gestación por sustitución. La mayoría de niños y niñas nacidos por gestación subrogada en España

³³ Valencia plaza, periódico digital. “El 9,5% de los nacimientos en España son fruto de la reproducción asistida”; [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: <https://valenciaplaza.com/-9-5-nacimientos-espana-fruto-reproduccion-asistida>

³⁴ Álvarez, Pilar; El País; “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania”; Política. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html?event_log=go

³⁵ Álvarez, Pilar; El País; “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania”; Política. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html?event_log=go

³⁶ Red Estatal contra el alquiler de vientres; “Comunicado internacional para la prohibición global del alquiler de vientres”; 24/09/2018. (La Red Estatal contra el Alquiler de Vientres (Recav) está consiguiendo que el movimiento se internacionalice con el objetivo de que se prohíba la práctica de la gestación subrogada. Divulgaron un manifiesto a diferentes países y ya cuentan con el apoyo de organizaciones de 16 países: Estados Unidos, Francia, Suecia, Italia, Reino Unido, Bélgica, Alemania, Holanda, Canadá, Australia, México, Argentina, República Dominicana, India, Tailandia y Camboya. Alicia Miyares, portavoz de Recav, ha explicado en declaraciones a los medios de comunicación que quisieron aprovechar una cumbre sobre tuberculosis que se celebró y que reunía a los jefes de Estado de la ONU para hacerles llegar el mensaje sobre la gestación subrogada.) [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/>

³⁷ Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé. “*Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (gpa)*”.

(En un dictamen publicado por el Comité Consultivo Nacional de Ética (CCNE) francés se pronuncia a favor de mantener la prohibición de la maternidad subrogada. Piensa que esta práctica supone “un número importante de riesgos y violencias médicas, psíquicas y económicas”. Y considera que debe ser rechazada en nombre de los principios del respeto a la persona humana, el rechazo de la explotación de la mujer, la negativa a la cosificación del niño y la indisponibilidad del cuerpo humano. “La société apparaît aujourd’hui divisée sur l’opportunité de maintenir l’interdiction actuelle ou de lui apporter des dérogations ou des exceptions. La composition du CCNE fait qu’il n’échappe pas à ces clivages.”) Pp. 5. [Consultado: 17 de Febrero de 2023] Disponible en: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis_110.pdf

³⁸ Ver anexo 1, Entrevista III, pregunta 11 al Dr. Jorge Cardona Llorens.

“proviene de dos países: Estados Unidos y Ucrania. En el primer caso, se registraron a través de consulados y embajadas 553 nacimientos entre 2010 y 2016. En el segundo, hubo 231 inscripciones, aunque solo lo pueden solicitar matrimonios heterosexuales. Son el 78% del total reconocidos oficialmente en 12 países”³⁹.

La sociedad también debe ser consciente de los derechos de la niñez y respecto del principio de idoneidad⁴⁰ del Sistema de adopciones nacionales en vez de optar por la compra en la gestación por sustitución. Este principio de idoneidad debe de ser tomado en cuenta en los Estados sobre los derechos y principios establecidos en la Convención de los Derechos del Niño y en especial, el interés superior de la niñez. No debe de estar relacionado con base en la orientación sexual, etnia, o característica intrínseca de los interesados en adoptar. Tampoco tendría que estar totalmente fundamentado en el derecho del Estado al Orden Público.

El silencio en la esfera política internacional es evidente, se ha optado por ignorar a nivel internacional y tolerar que el fenómeno actual, comúnmente llamado “turismo reproductivo” se dé sin tomar en cuenta los parámetros internacionales existentes que velen por la protección integral de niños gestados y las madres gestantes. No hay apertura a organizaciones de la sociedad civil, y movimientos con enfoque de derechos humanos de las mujeres y de la niñez en el Proyecto de la Conferencia de la Haya sobre gestación por sustitución; y a su vez, los Estados están divididos. Al no haber un estándar internacional específico, se pueden dar más abusos incluso dentro de la legalidad nacional (en el sentido de permitirlo) de lo que ya representa la gestación por sustitución comercial como venta de niños y niñas. La situación de vulnerabilidad se agrava para madres gestantes, niños y niñas gestados mediante estos métodos.

Las concepciones legales de los Estados pueden llegar a ser inadecuadas para la debida protección de mujeres y niños sujetos de derecho. Asimismo, las actuaciones de agencias intermediarias pueden ser abusivas y no compensan de ninguna forma justa o equivalente al impacto del proceso por el que atraviesan las madres gestantes y al trato de la niñez como mercancía, ya que los derechos afectados son de difícil o imposible reparación. Uno de los aspectos que genera preocupación cuando no se profundiza en los sujetos de derecho y los derechos afectados es cuando solo se ve la apariencia, por ejemplo, si lo que reciben las madres gestantes es compensatorio e integral. Cuando es una mujer en situación de pobreza, no decide desde su libertad sino desde la necesidad; ahora, desde el enfoque de la niñez, no caben dudas de que se encuentran en una situación de desprotección total.

³⁹ Álvarez, Pilar; El País; “El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania”; Política. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en:

https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html?event_log=go

⁴⁰ Ver anexo 1, Entrevista III, pregunta 6. Dr. Jorge Cardona Llorens.

1.1.2 Desafíos previos en el reconocimiento de menores gestados por sustitución y protección del principio del Interés Superior de la niñez en Estados receptores

Desde que se utiliza el método de subrogación, algunos Estados empezaron a regularlo para aceptarlo y otros para prohibirlo. Por tanto, se pueden identificar diferentes controversias a lo largo de los procedimientos legales y administrativos. Si una persona o pareja decide solicitar una TRA a través de la subrogación en un Estado (de origen) que lo acepta legalmente y es su lugar de residencia, no enfrentará mayor dificultad que la de entregar una compensación económica y los procedimientos previamente establecidos por ley. Ahora, si se trata de una persona extranjera que proviene y reside en otro Estado (receptor) cuya prohibición esté en la ley, enfrentará desafíos no solo legales sino administrativos que puedan mermar el derecho de la niñez a la identidad, específicamente a ser inscritos inmediatamente después de su nacimiento, y a una nacionalidad.

Se han dado varias situaciones jurídicas en los cuales niños y niñas nacidos por subrogación cuyos padres no residen en el Estado de origen han enfrentado desafíos que han llegado a tribunales regionales de derechos humanos por no ser reconocidos en los Estados Receptores. El TEDH ha recibido varios casos de parejas que han sido asistidas a través de la maternidad subrogada; entre ellos podemos mencionar el caso Campanelli y Paradiso vs Italia.

El caso Campanelli y Paradiso vs Italia ante el tribunal Europeo de Derechos Humanos se presentó por una pareja italiana que fue asistida en Rusia. A su regreso a Italia con el menor, convivieron hasta 8 meses, posteriormente las autoridades italianas separaron al menor de los padres comitentes y lo pusieron a disposición de Servicios Sociales, sin contacto con el matrimonio Campanelli-Paradiso. El menor quedó sin ninguna identidad formal desde 2011 hasta el 2013 y después fue dado en adopción. La pareja ejerció su derecho a recurrir hasta en segunda instancia, pero no agotó todos los recursos y lo sometió a jurisdicción del TEDH⁴¹.

Al respecto, el TEDH a pesar de desestimar la mayoría de pretensiones de esta pareja, entre ellas sobre el artículo 8 del CEDH “el derecho al respeto a la vida privada y familiar”, sí entró a valorar el vínculo familiar “de facto” que desarrolló el menor con los padres. El TEDH planteó que la duración del vínculo es un factor clave, mencionando que sería erróneo establecer un periodo exacto, y concluyendo que no hubo vida familiar de facto al haber sido una convivencia breve aunada a la conducta contraria a la legislación interna⁴².

⁴¹ Ruiz Martín, Anna María; “El caso Campanelli y Paradiso ante el tribunal Europeo de derechos humanos: el concepto; Paradiso y Campanelli c. Italia. Parr. 19. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 791
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - [Consultado: 29 de enero de 2023] ; Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>

de familia de facto y su aportación al debate de la gestación por sustitución.

⁴² Farnós-Amorós, Esther; *BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho(I)*. Párr. 4. *Revista de Bioética y Derecho versión On-line* ISSN 1886-5887. *Rev. Bioética y Derecho no.40 Barcelona 2017 Epub 02-Nov-2020. Universidad Pompeu Fabra.*

No obstante, “La Sec. 2ª, por cinco votos contra dos, estimó su recurso, considerando desproporcionada la actuación de las autoridades nacionales, que no dudaron en poner al menor bajo la guarda de los servicios sociales dada la ausencia de vínculo genético entre éste y los cónyuges”⁴³.

El reconocimiento de los menores gestados por sustitución que son llevados por sus padres o comitentes a Estados receptores que tienen una expresa prohibición en sus leyes, no tienen desarrollada una normativa y políticas públicas que puedan dar respuesta a garantizar los derechos de la niñez gestada por sustitución y siguen dando efectos jurídicos a los contratos de gestación que son contrarios a estándares internacionales y a su normativa interna. Esto representa un desafío de tal magnitud, que pueden llevar años en reconocer y que es de difícil reparación. Contar con “un sistema regulador exhaustivo de la maternidad subrogada afectaría a diferentes áreas del derecho, tanto nacional como internacional”⁴⁴. Regular exhaustivamente en un sentido negativo (prohibición) o positivo (aceptación) conlleva grandes desafíos, pero en esta toma de decisiones normativas no se debe dejar de lado los derechos de la niñez desde un enfoque integral de protección.

Al encontrar vacíos en diferentes áreas del derecho que se pueden ver afectadas o que no dan solución a esta nueva realidad, sería necesario desarrollar parámetros vinculantes específicos o reformas a los protocolos internacionales actuales que incidan desde el derecho internacional hacia el derecho interno. Dada la naturaleza predominantemente comercial de muchos acuerdos de maternidad subrogada, los niños nacidos por este medio corren el riesgo de ser vendidos nuevamente y/o explotados, por consiguiente, es necesario identificar y bregar con múltiples violaciones de los derechos

“...en ausencia de vínculos legales o genéticos entre el menor y los comitentes, existían vínculos personales genuinos que permitieran concluir que existía vida familiar Para ello, la Sala valora la calidad de los vínculos creados, el rol de los comitentes en relación con el menor y la duración de la convivencia. Y aunque la Sala reconoce que sería erróneo imponer un período mínimo de convivencia, considera que la duración del vínculo es un factor clave, por lo que en el caso la breve duración de la convivencia con el menor (apenas ocho meses), unida a la ausencia de vínculo genético entre éste y los comitentes, así como a la inseguridad jurídica creada por éstos al incurrir en conductas contrarias a la legislación italiana que no podían ser reconocidas o toleradas por las autoridades nacionales le lleva a concluir que en el caso no existió vida familiar de facto.”

[Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en:

https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017

⁴³ Farnós-Amorós, Esther; *BIOÉTICA EN LOS TRIBUNALES Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho(I)*. *Revista de Bioética y Derecho versión On-line* ISSN 1886-5887. *Rev. Bioética y Derecho* no.40 Barcelona 2017 Epub 02-Nov-2020. Universidad Pompeu Fabra.

Dicho pronunciamiento se tradujo en la condena, a Italia, al pago de 20.000 euros a los comitentes por el daño moral causado. En él destaca el argumento del Tribunal según el cual "la referencia al orden público no puede, sin embargo, otorgar carta blanca para cualquier medida, puesto que el Estado tenía la obligación de velar por el interés superior del menor, con independencia de la naturaleza del vínculo parental, genético o de otro tipo" [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872017000200017

⁴⁴ Brugger, Kristiana; “International Law in the Gestational Surrogacy Debate”; *Fordham International Law Journal*. Volume 35, Issue 3 2012 Article 6, pp 683. produced by The Berkeley Electronic Press (bepress). [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj>

humanos en particular, su integridad personal en relación a su derecho a la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a los orígenes.⁴⁵

⁴⁵ UNICEF; “Key considerations: children’s rights & surrogacy”; (Las agencias de Naciones Unidas hacen referencia a la connotación y auge internacional y los tribunales supranacionales de derechos humanos); pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/115331/file>

II. CAPÍTULO II

SITUACIÓN DE VULNERABILIDAD EN MENORES GESTADOS POR SUSTITUCIÓN EN UCRANIA RESPECTO DE SU CONDICIÓN JURÍDICA EN EL CONTEXTO DE CONFLICTO INTERNACIONAL CON RUSIA.

El conflicto bélico internacional entre Rusia y Ucrania, junto a los medios de comunicación, han dejado en evidencia la práctica de la maternidad por sustitución, la debilidad de su red comercial y la vulnerabilidad de los sujetos de derecho más expuestos: las madres gestantes y los recién nacidos⁴⁶.

Antes de identificar la situación de vulnerabilidad de menores gestados por sustitución en Ucrania, es necesario traer a colación el término de vulnerabilidad para una mejor comprensión. De acuerdo con Omar Darío Cardona del Centro de Estudios sobre Desastres y Riesgos CEDERI de la Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia,

...el proceso de desarrollo mismo del hombre lo ha llevado a conceptuar de manera apropiada elementos vinculados a su hábitat, medio ambiente y las posibilidades de interacción entre ellos. A pesar de que en principio se haya tenido una percepción confusa acerca del término vulnerabilidad, esta acepción ha contribuido a dar claridad a los conceptos de riesgo y desastre⁴⁷.

De esta manera, se menciona que el riesgo corresponde al potencial de pérdidas que pueden ocurrirle al sujeto o sistema expuesto, resultado de la convolución de la amenaza y la vulnerabilidad⁴⁸. Así, el riesgo puede expresarse en forma matemática como la probabilidad de exceder un nivel de consecuencias económicas, sociales o ambientales

⁴⁶ Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”; Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

⁴⁷ Cardona A, Omar Darío; “La necesidad de repensar de manera holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo” “Una Crítica y una Revisión Necesaria para la Gestión”. Pp 2 Centro de Estudios sobre Desastres y Riesgos CEDERI Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://www.academia.edu/download/38477185/ODC_repensar_Holistico.pdf

⁴⁸ Idem. “la “convolución” es un concepto matemático que se refiere a la concomitancia y mutuo condicionamiento, en este caso, de la amenaza y la vulnerabilidad. Dicho de otra forma, no se puede ser vulnerable si no se está amenazado y no existe una condición de amenaza para un elemento, sujeto o sistema si no está expuesto y es vulnerable a la acción potencial que representa dicha amenaza. En otras palabras, no existe amenaza o vulnerabilidad independientemente, pues son situaciones mutuamente condicionantes que se definen en forma conceptual de manera independiente para efectos metodológicos y para una mejor comprensión del riesgo. Así, al intervenir uno o los dos componentes del riesgo se está interviniendo el riesgo mismo. Sin embargo, dado que en muchos casos no es posible intervenir la amenaza, para reducir el riesgo no queda otra alternativa que modificar las condiciones de vulnerabilidad de los elementos expuestos. Esta es la razón por la cual con mucha frecuencia en la literatura técnica se hace énfasis en el estudio de la vulnerabilidad y en la necesidad de reducirla mediante medidas de prevención-mitigación, sin embargo lo que realmente se intenta de esta manera es la reducción del riesgo”.

en un cierto sitio y durante un cierto período de tiempo⁴⁹. Dicho lo anterior, también considera que si no existe una amenaza o riesgo, no existe la vulnerabilidad⁵⁰.

Desde la perspectiva jurídica de los Derechos humanos⁵¹ “la vulnerabilidad se encuentra muy ligada a la lucha contra la desigualdad y la discriminación⁵². De ahí se identifican grupos como especialmente vulnerables (niños, mujeres, ancianos, personas con discapacidad, privadas de libertad etc.)⁵³ para dotarles de un estatuto jurídico singular.⁵⁴ Si bien, en los últimos años, ha cambiado el paradigma y se ha pasado de la especificación de derechos al enfoque de derechos humanos, y por este motivo se deberían de tomar en cuenta las distintas realidades y características para que se puedan disfrutar de forma equitativa⁵⁵.

El Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia se pronunció respecto del conflicto internacional en curso y la situación de la infancia. UNICEF desde que inició el conflicto internacional planteó una amenaza inmediata y creciente para la vida y el bienestar de los 7,5 millones de niños del país⁵⁶. A su vez, en un comunicado hizo un llamado para proteger a través de medidas más rigurosas la protección para los niños y niñas que huyen de la guerra de Ucrania; lo anterior, debido a que...

...corren un mayor riesgo de ser víctimas de la trata y la explotación de seres humanos, ha advertido UNICEF. Los traficantes suelen aprovecharse del caos que generan los movimientos de población a gran escala y, teniendo en cuenta que más de 1,5 millones de niños han escapado de Ucrania como refugiados desde el 24 de febrero y otros muchos se han

⁴⁹ Cardona A, Omar Darío; “La necesidad de repensar de manera holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo” “Una Crítica y una Revisión Necesaria para la Gestión”. Pp 2 Centro de Estudios sobre Desastres y Riesgos CEDERI Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://www.academia.edu/download/38477185/ODC_repensar_Holistico.pdf

⁵⁰ Idem

⁵¹ Del Cano, Marcos; María, Ana (2020). “La vulnerabilidad como criterio normativo para el derecho y las políticas públicas”. “Hasta ahora, tanto la interpretación de los derechos humanos, como el fundamento del sistema jurídico-político, se han basado en los principios de dignidad humana y autonomía, esto es, a la capacidad de una persona de proyectar su vida de acuerdo con sus valores y creencias. Estas ideas, sin embargo, se han construido desde una concepción universal, abstracta y así, desde la filosofía del derecho, se vienen incorporando al discurso conceptos nuevos y emergentes, como es la vulnerabilidad”. Pp 17-33 2020, ISBN 978-84-1324-748-9 [Consultado: 11 de Marzo de 2023]. Disponible en: https://www.jstor.org/stable/j.ctv153k41s?turn_away=true

⁵² Alenza García, José Francisco. “Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad”. La aproximación a un concepto jurídico de la vulnerabilidad desde la perspectiva de derechos humanos permite identificar las interseccionalidades y la multidimensión de los grupos en situación de vulnerabilidad. 2019 pp 40. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://vlex.es/vid/aproximacion-concepto-juridico-vulnerabilidad-821190509>

⁵³ Idem

⁵⁴ Idem

⁵⁵ Idem “...del proceso de especificación de derechos, a un enfoque basado en los derechos humanos, con el que se trata de enfatizar que todas las personas son iguales en dignidad y, por ello, las que se encuentran en una situación de vulnerabilidad deben tener las mismas posibilidades que los demás en disfrutar y ejercitar los derechos humanos”.

⁵⁶ UNICEF, “Los niños que huyen de la guerra de Ucrania corren un mayor riesgo de ser víctimas de la trata y la explotación”. Comunicado de prensa. 19/03/2022. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/ninos-huyen-guerra-ucrania-corren-mayor-riesgo-victimas-trata-explotacion>

*desplazado dentro del país a causa de la violencia, el peligro al que se enfrentan los niños y las niñas es real y cada vez mayor*⁵⁷.

El 16 de marzo de 2023, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sacó una nota sobre la información que se ha podido recopilar desde que inició el conflicto internacional. En el pronunciamiento se describen crímenes de guerra entre los cuales incluyen ataques contra civiles e infraestructuras relacionadas con la energía, homicidios intencionados, confinamiento ilegal, tortura, violación y otros actos de violencia sexual, así como traslados ilegales y deportaciones de niños⁵⁸.

El ACNUDH al examinar los traslados de niños de Ucrania a la Federación Rusa constató con preocupación, que se han cometido violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario. Las situaciones de traslado y deportación de niños que ha examinado constituyen crímenes de guerra. Los testigos dijeron a la Comisión que muchos de los niños más pequeños trasladados no pudieron establecer contacto con sus familias y podrían perder el contacto con ellas indefinidamente⁵⁹.

Con el creciente número de ataques contra escuelas, hospitales y otras infraestructuras civiles, donde muchas personas se han refugiado, los niños corren un grave peligro y son vulnerables a las lesiones o la muerte, así como a la privación de alimentos, agua potable, educación y atención sanitaria, entre otras privaciones⁶⁰.

En un análisis en conjunto entre UNICEF y el Grupo Interinstitucional de Coordinación contra la Trata de Personas (ICAT) en marzo de 2022 ya se había resaltado que el “28% de las víctimas de la trata identificadas en todo el mundo son niños y niñas⁶¹. También se menciona que en el contexto de Ucrania, los expertos en protección de la infancia y UNICEF consideraron muy probable que los niños representaran un porcentaje aún más alto de posibles víctimas de la trata de personas⁶².

A pesar de contar con algunos datos sobre la trata de personas en la niñez, no existe suficiente información para cruzar datos en las estadísticas para identificar otras vulnerabilidades dentro del colectivo a proteger; al dejar a un lado el tema de la niñez gestada por sustitución, no se suman estos casos como trata de personas aun cuando se pueda cumplir con las características e indicadores de la trata de personas y los elementos que configuran el delito: el acto, los medios y el propósito de la explotación⁶³.

⁵⁷ Idem

⁵⁸ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “*War crimes, indiscriminate attacks on infrastructure, systematic and widespread torture show disregard for civilians, says UN Commission of Inquiry on Ukraine*”. Press release 16/03/2023. [Consultado: 18 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/03/war-crimes-indiscriminate-attacks-infrastructure-systematic-and-widespread>

⁵⁹ Idem

⁶⁰ Comité de los Derechos del Niño; Del Monte, Micaela; Mentzelopoulou, Maria Margarita . “Russia's war on Ukraine The situation of children in and outside Ukraine” EPRS | European Parliamentary Research Service Mayo, 2023. pp2 [Consultado: 18 de Marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI\(2022\)729429_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI(2022)729429_EN.pdf)

⁶¹ UNICEF. “*Ucrania: riesgo de trata y explotación*”. Noticias ONU. 21/03/2022. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.es/noticia/ucrania-riesgo-de-trata-y-explotacion>

⁶² Idem

⁶³ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC; “*Definición del concepto de trata de personas*”; pp.4; Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

Para considerar un delito internacional como lo es la “Trata de personas” de conformidad al artículo 3(a) del Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños, es necesario ver su definición:

...Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos⁶⁴.

Entre los actos considerados para la tipificación del delito de Trata de personas se identifican los siguientes: reclutamiento, transporte, transferencia, albergar, y recepción⁶⁵. Desde la niñez, como sujetos de derecho en la primera infancia, se debe tomar en cuenta su autonomía progresiva, y la realidad es que a esa edad no pueden expresarse y necesitan un mayor nivel de protección en la toma de decisiones porque depende de ello el impacto y afectación. Por lo tanto, se puede identificar que el acto de recepción de parte de las empresas intermediarias cumple con este elemento, a su vez los comitentes que los reciben como producto de consumo final. Si bien, se identifica con mayor facilidad la tipificación de la venta de niños, el componente de conflicto armado agrava la situación y puede dar lugar a la configuración de otros crímenes internacionales.

Por lo que concierne a los medios utilizados, identificaremos entre los siguientes: amenaza, uso de la fuerza, coerción, secuestro, fraude, engaño, abuso de poder, abuso de situación de vulnerabilidad, y pagos o beneficios a las partes controladoras⁶⁶. En la gestación por sustitución efectivamente se identifica la situación de vulnerabilidad de la primera infancia subrogada y pagos o beneficios a las partes controladoras. Si bien, una parte que controla es la madre gestante y recibe un beneficio económico aparentemente, no se podría entrar a criminalizar a una mujer en situación de vulnerabilidad porque su consentimiento estaría viciado en relación a su situación. Por otra parte, las empresas intermediarias si están ejecutando la recepción del colectivo de la primera infancia, gestionando los pagos y beneficios, ellos son beneficiarios del intercambio económico en gran medida. Los padres comitentes tienen la recepción final y pagan por el beneficio, que en este caso sería a un niño. La incertidumbre y desprotección que les coloca la gestación por sustitución a la niñez durante el conflicto internacional puede dar lugar al fácil acceso de organizaciones criminales.

Aun identificando este segundo elemento, para el caso de la niñez, no es necesario probar el uso de los medios, debido a que se considera que los niños menores de 18 años

⁶⁴ Convención de Palermo; Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la Trata de Personas, Especialmente Mujeres y Niños; Definición de trata de personas, art. 3. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pd/50ab8f392.pdf>

⁶⁵ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC; “Definición del concepto de trata de personas”; pp.4; Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

⁶⁶ Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC; “Definición del concepto de trata de personas”; pp.4; Disponible en: https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

aun acorde a su autonomía progresiva, no pueden consentir la explotación de la manera indicada para el elemento de la forma de explotación⁶⁷ que a continuación identificaremos.

Lo que corresponde al elemento del propósito ligado a la explotación y otros fines, se establecen los siguientes: la explotación de la prostitución ajena, otras formas de explotación sexual, trabajo forzoso o servicios, esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, servidumbre y extracción de órganos. La gestación por sustitución comercializada si identifica este elemento a través de “los servicios”. Las empresas intermediarias tienen fines comerciales a través de los servicios que ofrecen. En consecuencia, la niñez gestada por sustitución, aparte de configurar un delito por venta, puede dar lugar a que sean víctimas de trata y se debe considerar así en el tratamiento jurídico internacional de los derechos humanos al ser identificado. “Cuando uno, o más, de los elementos de cada una de las tres columnas (Acción, Medios, Propósito) se han infligido a un individuo, se considera que esa persona es “víctima de trata””⁶⁸.

Según el EPRS, los niños, junto con las mujeres, siguen expuestos a un mayor riesgo de violencia y abusos, como la trata de seres humanos, el tráfico ilícito y la adopción ilegal, el contrabando y la adopción ilegal. De hecho, antes de la guerra, en un análisis de 2014, se informó que los ucranianos se encontraban entre las víctimas más comunes de la trata hacia la UE, por parte de redes delictivas que operan entre Ucrania y países de Europa y Asia central. Debido a los desplazamientos masivos y al caos; en marzo de 2022 también se esperaba que aumentara el número de niños desaparecidos.⁶⁹

Los niños y niñas nacidos gestados por subrogación en Ucrania no son la excepción de enfrentarse a las adversidades de un conflicto armado internacional y de un limbo jurídico nacional como internacional. Prueba de ello, un periódico francés publicó las primeras imágenes que dieron vuelta al mundo a través de las redes sociales que

⁶⁷ Idem

⁶⁸ Idem

⁶⁹ Del Monte, Micaela; Mentzelopoulou, Maria Margarita. “Russia's war on Ukraine The situation of children in and outside Ukraine”. De hecho, desde los ataques armados del 24 de febrero, un miembro ucraniano de Missing Children Europe, y ONG Magnolia, ya había recibido más de 1000 casos de niños en Ucrania que han sido secuestrados, raptados, han desaparecido o han desaparecido forzosamente, incluidos niños separados EPRS | European Parliamentary Research Service Mayo, 2023. pp2 [Consultado: 18 de Marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI\(2022\)729429_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI(2022)729429_EN.pdf)

describía e ilustraba la situación precaria en la que se encuentran⁷⁰. Seguido, diferentes medios de comunicación compartían imágenes de la situación precaria⁷¹.

Estos artículos⁷² ilustraron la situación de vulnerabilidad de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada internacional y a los riesgos a los que se enfrentan, especialmente en lo que respecta al derecho a la identidad, a una nacionalidad, al nombre, la integridad personal y a pertenecer a una familia; también, tomando en cuenta que la pandemia había causado estragos anteriormente, no solo a nivel económico y de salud, sino con la reunificación familiar, las medidas restrictivas sobre la imposibilidad de pasar por las fronteras para que los padres comitentes pudieran registrar y reunirse con los menores que habían nacido por subrogación; en esta ocasión, sucede de nuevo y se agrava con el conflicto internacional⁷³. Por tal motivo, ONGS internacionales se han pronunciado; CHIP expresó su más profunda preocupación por los riesgos que corren estos niños y niñas sin familia o separados de ella y vulnerables a todo tipo de violaciones de derechos, como la venta, el tráfico y la falta de preservación de su identidad⁷⁴.

Dado que los conflictos armados amplifican la vulnerabilidad de las personas expuestas a la explotación, el *European Review for Medical and Pharmacological Sciences* también trae a colación otro aspecto importante a tomar en cuenta respecto de los riesgos de la subrogación en un conflicto internacional; dice, “que cualquier práctica que pueda conducir al uso ilícito o al tráfico de gametos y embriones humanos debe ser perseguida penalmente, al igual que la coacción y la coerción contra las mujeres en los procedimientos de maternidad asistida y subrogada entre países”⁷⁵.

⁷⁰ Benn, Margaux; Le Figaro; New York Times; The Wall Street Journal. “Guerre en Ukraine: à Kiev, dans le bunker des bébés sans parents”. Reportaje periodístico 20/03/2022. El enviado especial a Kiev de Le Figaro, describe lo siguiente: “En secreto, oculta en las entrañas de la ciudad, la vida persiste al abrigo de los bombardeos y las lluvias de restos de misiles que devastan aleatoriamente edificios de viviendas, fábricas de bicicletas y otros almacenes, adopta la forma de una colmena donde veinte recién nacidos y seis enfermeras duermen, se retuercen, lloran y gorjean en apenas veinte metros cuadrados. Invisible para el resto del mundo, este santuario en el sótano de un edificio de viviendas acoge a niños que aún no tienen padres ni nacionalidad. La mayoría nacieron justo antes o después del comienzo de la guerra, el 24 de febrero, y nunca han visto la luz del día” [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.lefigaro.fr/international/guerre-en-ukraine-a-kiiev-dans-le-bunker-des-bebes-sans-parents-20220320>

⁷¹ New York Times; “How Ukraine’s Surrogate Mothers Have Survived the War” Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/10/16/world/europe/ukraine-surrogacy-war.html>

⁷² The Wall Street Journal; “Ukraine Is a World Leader in Surrogacy, but Babies Are Now Stranded in a War Zone”. *Some surrogate mothers may be stuck in cities under Russian bombardment. ‘We do not know where these unfortunate women are.’* Consultado: 16 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/ukraine-is-a-world-leader-in-surrogacy-but-babies-are-now-stranded-in-war-zone-11647081997>

⁷³ Mendzhul MV, Nadon VV, Rekova ZO. “Protection of the rights of children born by surrogate mothers during the covid-19 pandemic”. *Wiad lek.* 2021;74(11 cz 2):2999-3003. Pmid: 35029569. [Consultado: 12 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35029569/>

⁷⁴ Child Identity Protection (CHIP). “Violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y los nacidos por gestación subrogada” Marzo 2022. [Consultado: 19 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.child-identity.org/es/noticias/noticias-externas/507-march-2022-ukraine-child-rights-violations-for-refugees-and-those-born-through-surrogacy-10.html>

⁷⁵ S Marinelli, A Del rio; Straccamore, F; Negro, G Basile. “The armed conflict in Ukraine and the risks of inter-country surrogacy: the unsolved dilemma”. *European Review for Medical and Pharmacological*

No exenta de importantes complejidades éticas y jurídicas, El *European Review* concluye con la mención de los principios fundamentales en los que se basan derechos humanos indivisibles, como “la equidad la justicia y el respeto de la dignidad humana independientemente del supuesto "consentimiento" de la víctima en todo el mundo”⁷⁶. En ello reconoce la importancia de no re victimizar a mujeres en situación de vulnerabilidad y de no permitir la impunidad de aquellas personas u organizaciones que transgredan principios básicos bajo la tolerancia internacional y nacional.

Los riesgos a los que se enfrenten los niños que han sido gestados por sustitución internacional que se encuentran en Ucrania frente al Conflicto armado internacional son numerosos; Por una parte, entre los riesgos más latentes con relación a la integridad personal, se pudo identificar que pueden verse mermados sus derechos a la vida, a la salud⁷⁷ al encontrarse en condiciones precarias y un medio ambiente poco adecuado para su bienestar, el derecho a una buena alimentación y al cuidado de una familia y al desarrollo de lazos afectivos. Por otra parte, en cuanto a su estatus jurídico, el derecho a ser registrados desde su nacimiento, a un nombre, a una nacionalidad y a ser protegidos bajo el régimen de protección del interés superior del niño.

Algunos riesgos en las áreas grises de las normativas internas y falta de regulación o estándares internacionales pueden dar lugar al abandono⁷⁸ y consecuentemente al fenómeno jurídico de la apatridia⁷⁹ en menores nacidos por subrogación. Ejemplo de ello, en medio del conflicto armado internacional entre Ucrania y Rusia es el de una menor nacida por subrogación en Ucrania.

...la adopción de Bridget, una menor de seis años de edad, ha sido interrumpida, dejándola indefinidamente sin padres por segunda vez”⁸⁰. “Bridget nació por gestación subrogada en Ucrania, pero quedó apátrida e inadoptable cuando los padres estadounidenses que la "encargaron" decidieron no adoptarla tras enterarse de que tiene enfermedades mentales y físicas "incurables" que la dejaron gravemente enferma al nacer”⁸¹.

Sciences. 2022; 26; Pp: 5646-5650. . [Consultado: 12 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.europeanreview.org/wp/wp-content/uploads/5646-5650.pdf>

⁷⁶ Idem

⁷⁷ Frati, Paola; La Russa, ; Raffaele; Santurro, Alessandro; Fineschi, Bennedetta; Di Paolo, Marco; Scopetti, Matteo; Turillazzi, Emanuela; Fineschi, Vittorio. “Bioethical issues and legal frameworks of surrogacy: A global perspective about the right to health and dignity”. “...la explotación de la mujer constituye una cuestión incontrovertible en contra de la gestación subrogada comercial. *European Journal of Obstetrics & Gynecology and Reproductive Biology*, Volume 258, 2021, Pages 1-8, ISSN 0301-2115. [Consultado: 14 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.ejogrb.2020.12.020>.

⁷⁸ Ferreira, Rosemary. “Abandonment via International Surrogacy”. pp2. 2022 [Consultado: 10 de Marzo de 2023] Disponible en: https://scholarship.shu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2324&context=student_scholarship

⁷⁹ Curtin, Rachael. (2022). “Suspension of citizenship: Ethical concerns in international commercial surrogacy and the legal possibility of stateless children”. *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, 55 (3), 805–836. Disponible en: <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20220907073728>

⁸⁰ Hawley, Samantha. “Damaged Babies and Broken Hearts: Ukraine’s Commercial Surrogacy Industry Leaves a Trail of Disasters”. ABC NEWS (Aug. 19, 2019, 3:12PM), [Consultado: 10 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.abc.net.au/news/2019-08-20/ukrainescommercial-surrogacy-industry-leaves-disaster/11417388>.

⁸¹ Keller, Mary Grace. Torn by War: Crisis in Ukraine Impacting Local Adoptions. The Frederick news post [Consultado: 5 de Marzo de 2023] Disponible en: https://www.fredericknews.com/news/torn-by-war-crisis-in-ukraine-impacting-localadoptions/article_d7fb1b26-ac78-5ec7-bb7d-96bfea3153e0.html.

Otro riesgo que pueden enfrentar los menores nacidos a través de la subrogación es que sean excluidos de sus derechos sucesorios⁸². En materia de derechos civiles, por ejemplo, el Código Civil Ucraniano en su artículo 1222 indica que el derecho sucesorio no tiene plenamente en cuenta los logros de la ciencia médica moderna y las características específicas de la relación jurídica pertinente⁸³.

Al estar en situación de vulnerabilidad, los menores no solo enfrentan amenazas relacionadas a la transgresión de sus derechos humanos en Ucrania, también a que sean susceptibles por el conflicto armado internacional, a la deslocalización. Si son llevados fuera de Ucrania y no son llevados por los padres comitentes sin un control o registro, tomando en cuenta el conflicto bélico y la realidad que se ve reflejada ante la falta de garantías a pesar de tener un régimen internacional de Derecho Internacional Humanitario, estos niños pueden caer en manos de organizaciones criminales en la peor de las situaciones. Por ello, es importante abrir más espacios de debate, identificar mecanismos de protección para paliar la situación actual y pensar en nuevos mecanismos que mitiguen este tipo de situaciones en las que se ven expuestos estos niños y niñas.

2.1.1 Gestación por sustitución y marco jurídico nacional en Ucrania

Ucrania es uno de los países cuya legislación regula la maternidad subrogada. De acuerdo con el comisionado presidencial de Ucrania para los derechos del niño, Mykola Kuleb, se estima que nacen al año entre 2 000 y 2 500 bebés procedentes de acuerdos de subrogación⁸⁴. Esto ocurre también por ser uno de los países que ha desarrollado la técnica de reproducción, según a costes internacionalmente atractivos y ofreciendo garantías de

⁸² Tatsiy, V. et al. –Pravo, Kharkiv; Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine / editorial board: 2020. – Vol. 27, № 4. – 220. “Abordando las características específicas de la herencia por parte de dichos hijos, cabe señalar que, según el artículo 1222 del Código Civil de Ucrania³, pueden ser herederos por testamento y por ley las personas que estén vivas en el momento de la apertura de la herencia, así como las personas que hayan sido concebidas en vida del testador y que hayan nacido vivas después de la apertura de la herencia. Así pues, para ser reconocido como heredero, una persona debe haber nacido viva o, al menos, haber sido concebida en vida del testador. De este modo, el estatuto jurídico hereditario de una persona, no sólo nacida sino también concebida después de la muerte del testador con el uso de tecnologías de reproducción asistida, quedaba fuera de los requisitos legales. En otras palabras, el ejercicio de los derechos hereditarios por personas concebidas después de la apertura de la sucesión queda descartado por la legislación ucraniana. Esto, a su vez, indica que el derecho sucesorio no tiene plenamente en cuenta los logros de la ciencia médica moderna y las características específicas de la relación jurídica pertinente”. Науковий юридичний журнал Заснований у 1993 році Періодичність випуску—4 номери на рік, 27(4), 215. [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: https://www.researchgate.net/profile/Liudmyla-Verbivska/publication/348875151_Local_Partnership_as_a_Tool_For_Stimulating_the_Development_of_Rural_Areas_of_Ukraine/links/62556cf2cf60536e23579580/Local-Partnership-as-a-Tool-For-Stimulating-the-Development-of-Rural-Areas-of-Ukraine.pdf#page=215

⁸³ Código Civil de Ucrania. (2003, January). post Art. 1222. [Consultado: 17 de Marzo de 2023] Disponible en: https://protocol.ua/ua/tsivilnyi_kodeks_ukraini_stattya_1222/

⁸⁴ Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”; *Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla* Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

filiación directa a los padres de intención⁸⁵. En conclusión, como si se tratara de un bien mueble o inmueble y no un sujeto de derechos.

Del artículo 281 (7) titulado “el derecho a la vida” del Código Civil, se expresa que “una mujer adulta o un hombre tiene derecho a ser curado por medio de técnicas de reproducción asistida sujetas a las indicaciones médicas y en los términos y según el procedimiento prescrito por la ley”⁸⁶ Las disposiciones se refieren a cualquier persona física, independientemente de su nacionalidad⁸⁷ y por ello el “Ministerio de Salud de Ucrania emitió la Instrucción sobre la Aplicación de TRA 302 que contiene una lista de tecnologías reproductivas, incluida la gestación por sustitución”⁸⁸.

La legislación vigente en Ucrania regula la maternidad por sustitución en el Código de Familia. De conformidad al artículo 123 inciso 2 del Código de Familia ucraniano⁸⁹, el acuerdo de subrogación se celebra ante notario, quien verifica:

1. El consentimiento;
2. Los requisitos; y,
3. El valor de la compensación monetaria.

En el Código de Familia de Ucrania, en su artículo 123.2⁹⁰ se dispone lo siguiente: “En caso de que se transfiera el embrión humano concebido por los cónyuges, como resultado del uso de técnicas de reproducción asistida al útero de otra mujer, los padres biológicos del bebé serán registrados como los padres legales del recién nacido”⁹¹.

No se requiere permiso específico de ninguna institución reguladora⁹² en primera instancia, ni tribunales especializados en la materia. Todo lo que se requiere es un consentimiento por escrito de todas las partes (comitentes y madre gestante) que participan en el programa de maternidad subrogada y acuerdos relacionados, confirmando

⁸⁵ Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”; *Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla* Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

⁸⁶ Código Civil de Ucrania. (2003, January). post Art. 281.7. [Consultado: 30 de abril de 2023] Disponible en: https://protocol.ua/ua/tsivilniy_kodeks_ukraini_statya_1222/

⁸⁷ Lamm, Eleonora. “Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres”. Pp 175; [Consultado: 20 de abril de 2023] Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf

⁸⁸ Idem

⁸⁹ Código de Familia (Ucrania); (Vidomosti Verkhovnoi Rady (RVM), 2002, n 21 - 22, p 135.) (As reformado por la Ley N 407-IV (407-15) de 26 de diciembre de 2004; Art. 123 (2). [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>

⁹⁰ Committee on Bioethics (DH-BIO); Conseil of Europe, Secretariat; “Surrogacy Addendum to the Replies to questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP”; pp. 12; Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>

⁹¹ Idem

⁹² Yevtieieva, Daryna P ; Lapkin, Andrii V; Karelin, Vladyslav V. “East Slavic surrogate motherhood: State of legal regulation and risk of Human Rights violation”. “No hay restricciones en el precio del servicio. Al mismo tiempo, la práctica de estos servicios plantea algunos problemas jurídicos, médicos, económicos, sociales y éticos”. 2011. Pp 2882 [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <http://ir.library.nmu.com/bitstream/123456789/5131/1/WL%2012%202020%20cz%20II.pdf#page=188>

el acuerdo final⁹³. Las leyes que regulan la aplicación de procedimientos de gestación subrogada en estos Estados son adoptados por el Ministerio de Sanidad⁹⁴ y operan a nivel secundario⁹⁵.

El contrato tiene un valor jurídico que afecta a la filiación, ya que los padres comitentes también serán considerados legalmente como tales para el registro público en Ucrania⁹⁶. El artículo 139 numeral 2 del Código de Familia de Ucrania establece que “la madre sustituta acepta transferir el recién nacido a sus padres intencionales después del parto, y reconoce, además, que no adquiere ningún derecho parental sobre el niño y que no tiene derecho a impugnar esto en los tribunales”⁹⁷. Esto afecta el derecho a preservar la identidad de la niñez gestada por sustitución.

Entre los requisitos⁹⁸ existentes para acceder a este servicio se encuentran los siguientes:

Padres intencionales:

- i. Parejas heterosexuales casadas;
- ii. Uno de los padres debe aportar el material genético;
- iii. La madre de intención debe presentar una justificación médica que le imposibilitara quedar embarazada o llevar a término el embarazo sin que ello suponga un riesgo para su propia salud o la del futuro bebé.

Madre gestante:

- i. Mujer mayor de dieciocho años que ya haya tenido un embarazo previo de sus propios hijos.

...la gestante no puede mantener legalmente al niño después del nacimiento. Por lo contrario: se considera que el niño pertenece legalmente a los futuros padres desde el momento mismo del nacimiento. De hecho, en la historia legal de Ucrania, no ha habido un solo caso reportado de un reclamo de custodia en disputa que surja por un acuerdo de custodia o la validez de un acuerdo de gestación subrogada⁹⁹.

⁹³ Código de Familia (Ucrania);. (Vidomosti Verkhovnoi Rady (RVM), 2002, n 21 - 22, p 135.) (As reformado por la Ley N 407-IV (407-15) de 26 de diciembre de 2004; Art. 123 (2). [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>

⁹⁴ Committee on Bioethics (dh-bio); Conseil of Europe, Secretariat; “Surrogacy Addendum to the Replies to questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP” “Se define en la Orden N787 de 9/09/2013 de Ucrania” sobre procreación médicamente asistida y tecnologías reproductivas.;pp. 12 -19 Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>

⁹⁵ Yevtieieva, Daryna P ; Lapkin, Andrii V; Karelin, Vladyslav V. “East Slavic surrogate motherhood: State of legal regulation and risk of Human Rights violation”. “No hay restricciones en el precio del servicio. Al mismo tiempo, la práctica de estos servicios plantea algunos problemas jurídicos, médicos, económicos, sociales y éticos”. 2011. Pp 2883 [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <http://ir.library.nmu.com/bitstream/123456789/5131/1/WL%2012%202020%20cz%20II.pdf#page=188>

⁹⁶ Idem

⁹⁷ Ibidem Art. 139 (2). [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>

⁹⁸ Idem

⁹⁹ World Center of baby; “La ley de gestación subrogada en Ucrania”. World Center of baby es una agencia internacional de gestación subrogada de servicio dedicada tecnología reproductiva que opera en

Nuevamente excluye el derecho a preservar la identidad y el interés superior de este colectivo de la primera infancia.

Existe un registro público, por lo tanto, para la salida de los bebés debe presentarse la partida de nacimiento y ser registrados a nombre de los padres intencionales extranjeros y estos se dirigen a sus representaciones diplomáticas para el registro y trámite del pasaporte del recién nacido¹⁰⁰. Debido a las restricciones establecidas por la situación bélica, y el traslado de las oficinas consulares a la frontera oeste, los padres intencionales tienen limitaciones para viajar a Ucrania¹⁰¹. Por lo tanto, los bebés se encuentran jurídicamente desamparados, puesto que la legislación nacional exige que los padres biológicos estén presentes para confirmar su nacionalidad.

En Ucrania, antes de la invasión, “había más de treinta clínicas homologadas para la subrogación”¹⁰². De estas, las más conocidas son las de Kiev (19), Lviv (5) y Kharkiv (2), esta última ciudad ya en manos del ejército ruso¹⁰³. World Center of Baby, una de las agencias internacionales que operan en el nuevo rubro de la maternidad por sustitución asevera que “algunas instituciones médicas solicitan que los futuros padres no presenten ningún reclamo legal contra la institución por ningún motivo”¹⁰⁴, y enfatiza que a su vez que esto “contradice claramente el artículo 3 del Código de Procedimiento Civil de Ucrania, el derecho del individuo a defender sus intereses en los tribunales”¹⁰⁵. Pero no dice nada al respecto del derecho de las madres gestantes a poder impugnar.

diferentes países como: Colombia, Georgia, Chipre, Estados Unidos, México y Ucrania. Estas agencias transnacionales operan sin coste de responsabilidad alguna a nivel internacional. Párr. 6; [Consultado: 19 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>

¹⁰⁰ Idem

¹⁰¹ Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”; Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

¹⁰² Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”; Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

¹⁰³ Idem

¹⁰⁴ World Center of baby; “La ley de gestación subrogada en Ucrania”. World Center of baby es una agencia internacional de gestación subrogada de servicio dedicada tecnología reproductiva que opera en diferentes países como: Colombia, Georgia, Chipre, Estados Unidos, México y Ucrania. Estas agencias transnacionales operan sin coste de responsabilidad alguna a nivel internacional. Párr. 6; [Consultado: 19 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>

¹⁰⁵ Código de Procedimiento Civil (Ucrania); Art. 3: “El derecho a apelar a la Corte para la protección”
1. Toda persona tiene derecho a recurrir ante los tribunales de conformidad con el procedimiento establecido por este Código.

para la protección de sus derechos, libertades o intereses vulnerados, no reconocidos o controvertidos.

2. En los casos establecidos por la ley, los órganos y las personas podrán acudir al tribunal, quienes tienen el derecho de proteger los derechos, libertades e intereses de otras personas, o del estado o intereses públicos.

3. No es válida la renuncia al derecho de recurso ante el tribunal de amparo. [Consultado: 19 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/439774>

La legislación de Ucrania es sumamente permisiva al respecto, especialmente con las agencias a través de las cuales las madres gestantes y los padres comitentes acceden a los servicios. A pesar de haber un registro público al que se ingresa, no hay un ente regulador que vele por los derechos de los menores. Otro aspecto importante que se debe mencionar es el vacío legal dentro de la normativa de familia; en el apartado sobre la maternidad por sustitución, si no existe una institución o ente regulador especializado, no existe un protocolo de actuación. Por ello, World baby Center, una agencia intermediaria se excusa y menciona en su página web sobre la dificultad para llevar a cabo acuerdos porque no hay lineamientos mínimos¹⁰⁶.

Si no hay lineamientos mínimos, los acuerdos pueden contener cláusulas abusivas como se mencionaba anteriormente. De igual forma las madres gestantes y los menores se ven expuestos y directamente afectados ante la falta de entes reguladores que garanticen que posteriormente garanticen derechos fundamentales y humanos. Antes del conflicto internacional, no había ninguna discusión a nivel interno al respecto de cambios en las normas que lo regulan¹⁰⁷.

2.1.2 Mecanismos de protección internacional vigentes y desafíos para la reunificación familiar de menores gestados por sustitución.

La reunificación familiar deriva del principio de unidad familiar, contenidos en los siguientes instrumentos de protección internacional:

1. Del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948);
2. Artículo 8¹⁰⁸ de la Convención Europea¹⁰⁹ Anexo VIII 2 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950);
3. Artículo 16 de la Carta Social Europea (1961);
4. Artículos 17 y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966);

¹⁰⁶ World Center of baby; [Consultado: 19 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>

¹⁰⁷ Committee on Bioethics (DH-BIO); Conseil of Europe, Secretariat; "Surrogacy Addendum to the Replies to questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP"; Is it lawful to advertise surrogacy services? pp. 57; Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>

¹⁰⁸ Máire Ní Shúilleabháin. "Surrogacy, System Shopping, and Article 8 of the European Convention on Human Rights, *International Journal of Law, Policy and the Family*". "Este artículo critica la jurisprudencia del artículo 8 del CEDH sobre la maternidad subrogada comercial internacional y el papel del "interés superior" del niño. Cuestiona la conveniencia de las intervenciones del Tribunal de Estrasburgo en un ámbito en el que las consideraciones de derechos humanos son tan conflictivas. Se argumenta que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha facilitado la compra de sistemas sin trabas en un campo muy sensible del derecho de menores, y ha desmantelado las opciones legislativas nacionales, sin proporcionar un análisis alternativo convincente". Volume 33, Issue 1, April 2019, Pp 104–122, [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://doi.org/10.1093/lawfam/eby021>

¹⁰⁹ Storrow, Richard F. *International Surrogacy in the European Court of Human Rights*. (2018). NCJ Int'l L., pp43, 38. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291587

5. Artículo 10 del Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966);
6. Artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos (1969);
7. Artículo 74 del Protocolo Adicional I de 1977 a la Cuarta Convención de Ginebra relativa a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra;
8. Artículo 18 de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos (1981);
9. Artículos 9, 10 y 22 de la Convención de los Derechos del Niño (1989); y,
10. 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 sobre la Convención de los Derechos del Niño.
11. Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño sobre un procedimiento de comunicaciones (OPIC)¹¹⁰,
12. Guía para presentar una comunicación individual a los órganos de tratados de la ONU¹¹¹
13. Artículos XXIII y XXV de la Carta Africana de los Derechos y el Bienestar del Niño (1990).

Este derecho está consagrado en los instrumentos universales y regionales de derechos humanos y el derecho internacional humanitario, y se aplica a todos los seres humanos sin importar su condición¹¹². Estos derechos enfatizan que los Estados deben garantizar a la niñez una familia, el derecho a tener padres responsables de su cuidado y respetuosos de sus derechos. Por el contrario, no existe en ninguna legislación internacional vigente el derecho a ser padres sino como un deber al procrearlos. Pueden tener el deseo o interés en ser padres, pero no propiamente un derecho¹¹³.

Los niños y niñas que han sido gestados por sustitución antes y durante la guerra en Ucrania enfrentaban desafíos en lo que respecta a la reunificación familiar debido a las prohibiciones en algunos de los Estados receptores de los comitentes. La guerra hasta la fecha ha agravado la situación de estos menores y la reunificación familiar. El Código

¹¹⁰ Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Disponible en:

https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9532.pdf

¹¹¹ Comité de los Derechos del Niño; Peticiones individuales, disponible en:

<https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/individual-communications>

¹¹² Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001 Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR); Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. “Resumen de conclusiones – unidad de la familia”. 8-9 de noviembre de 2001. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en:

<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf>

¹¹³ Ver anexo 1, Entrevista III, pregunta 21 al Dr. Jorge Cardona Llorens.

de familia¹¹⁴ prevé que los menores solo pueden ser registrados al estar en territorio ucraniano, y en medio de los bombardeos es imposible el acceso. Por ello, el sistema de protección nacional al que de alguna forma se hubieren acogido en tiempos de paz, no es la primera opción para protegerles.

Una de las formas en las que ya han estado intentando sacar a los menores, por motivación de algunos comitentes, ha sido a través de las oficinas consulares que previamente se mencionó que han tenido que trasladarse a la frontera oeste de Ucrania¹¹⁵. Uno de los problemas para poder sacar del país a los menores es el registro, si no son registrados, no pueden obtener un pasaporte, y así no pueden salir o moverse fuera de las fronteras de Ucrania. Ejemplo de ello ha sido el hecho de que el registro se llevaba a cabo estrictamente en Ucrania para menores cuyos padres comitentes provengan de países como España, que tiene prohibición explícita de registrar a estos menores¹¹⁶.

La Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001 Organizada por ACNUR y un grupo de expertos hicieron algunas consideraciones sobre la unidad familiar y el deber de los Estados. Referente a ello, consideran que “el derecho a la unidad familiar es inherente al reconocimiento universal de la familia como el grupo fundamental de la sociedad, al cual se le debe dar protección y asistencia”¹¹⁷. Aunado a lo anterior, “una pequeña minoría de los participantes [en la mesa redonda], si bien reconoció la importancia de la familia, no se refirió a la unidad familiar como un derecho sino como un principio”¹¹⁸.

Para que los Estados garanticen este derecho a la niñez, deben activar el aparato estatal, Sistema de adopciones y centros asistenciales especializados en niñez que cumplan con el principio de idoneidad que deben ser aplicadas en solicitudes de adopción de las familias interesadas. La gestación por sustitución no garantiza este principio y por lo tanto, cualquier persona sin cumplir con requisitos de la idoneidad podría llevarse al niño o niña¹¹⁹.

Otra de las conclusiones fue que los Estados deben ser garantes y respetuosos del derecho a la unidad familiar.

¹¹⁴ Código de Familia (Ucrania); (Vidomosti Verkhovnoi Rady (RVM), 2002, n 21 - 22, p 135.) (As reformado por la Ley N 407-IV (407-15) de 26 de diciembre de 2004; Art. 139 (2). [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>

¹¹⁵ *Correa da Silva, Waldimeiry. “La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania”*; Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

¹¹⁶ Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001 Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR); Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. “Resumen de conclusiones – unidad de la familia”. 8-9 de noviembre de 2001. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf>

¹¹⁷ Idem “Implementar el derecho a la unidad familiar por medio de la reunificación familiar tiene un significado especial para los refugiados y otras personas necesitadas de protección internacional debido a que no se encuentran en condiciones de retornar a su país de origen”.

¹¹⁸ Idem

¹¹⁹ Ver Anexo 1, Entrevista III, pregunta 6 al Dr. Jorge Cardona Llorens.

...El respeto del derecho a la unidad familiar exige no sólo que los Estados se abstengan de realizar acciones que resulten en la separación familiar, sino también que adopten medidas para mantener la unidad familiar y reunificar a los familiares que se hayan separado. Rehusarse a permitir la reunificación familiar puede considerarse una interferencia con el derecho a la vida en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de ese derecho en otro sitio¹²⁰.

A pesar de contar con este entramado de protección al derecho de la unidad familiar en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario que protege con especial énfasis en la niñez, se hace imposible en muchos casos garantizarlo si se tiene legislada la gestación por sustitución en un sentido positivo. También, el conflicto armado internacional es un componente que agrava la situación; en la realidad, varios comitentes han expresado desde el inicio del conflicto bélico su preocupación por perder el rastro de estos bebés.

Diversos medios de comunicación internacionales entrevistaron padres comitentes que expresaron sus miedos con relación a la guerra. El confidencial compartió parte de una entrevista a Manuela, que expresó la dificultad para viajar desde España hacia Ucrania con su pareja para poder sacar al menor gestado por sustitución. Entre los comentarios que hizo al medio de comunicación fue el siguiente:

...Uno de los mayores miedos de Manuela y su marido es que los bebés se queden sin registrar y que a efectos legales no existan en un país en guerra”. “Estamos lanzando un grito de ayuda, somos conscientes de que entrar en Ucrania ahora mismo es inviable, pero pedimos que cuando se pueda viajar, el Gobierno nos lo facilite porque normalmente tendríamos que esperar más de seis semanas allí hasta poder sacar al bebé¹²¹.

Autoridades consulares por su parte otorgaron salvoconductos por la situación que acarreaba el conflicto bélico tanto a padres como a los bebés para poderlos sacar de Ucrania. Esto fue aplicado únicamente a los que ya se encontraban en territorio ucraniano cuando dio inicio el conflicto armado internacional¹²². En el caso de los padres que aún no se encontraban en Ucrania no tuvieron la misma oportunidad, tomando en cuenta la escalada de violencia.

2.1.3 Interés superior del niño como principio rector y reconocimiento de la filiación adquirida en el Estado de origen (Ucrania) donde se celebra el contrato de gestación por sustitución

El interés superior del niño se encuentra regulado en el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño. El artículo señala que “todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración del interés superior del mismo. Corresponde al

¹²⁰ Ver Anexo 1, Entrevista III, pregunta 6 al Dr. Jorge Cardona Llorens.

¹²¹ Franco, Lucía; Zuñil, María; El Confidencial; “El bebé subrogado de Vanessa ha nacido en un búnker: vientres de alquiler bajo asedio”. 02/03/2022. [Consultado: 20 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://www.elconfidencial.com/mundo/2022-03-02/ucrania-vientres-alquiler-guerra-parejas-espanolas_3384168/

¹²² Idem

Estado asegurar una adecuada protección y cuidado, cuando los padres y madres, u otras personas responsables, no tienen capacidad para hacerlo”¹²³.

El Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, señaló que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención¹²⁴. Lo ha calificado como principio, como derecho y como una norma de procedimiento¹²⁵. La Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas de 20 de diciembre de 1959 sí hace referencia expresa al interés superior del niño en su Principio 2 que dice:

*...El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño*¹²⁶.

Si bien se cuenta con este principio rector no solo como estándar internacional sino como principio en los Estados, se suele criticar la aplicación del mismo cuando se aborda el tema de registro de menores que han nacido a través de gestación por sustitución en países receptores. Es decir, cuando hay un contrato comercial de gestación por sustitución en un país de origen donde es aceptado legalmente, como Ucrania, pero los comitentes viajan de países que lo prohíben expresamente y las autoridades se niegan a registrar a los menores. En el caso Campanelli Paradiso resuelto por el TEDH, el menor pasó mucho tiempo sin ser registrado, y esto debió de haberlo previsto el Estado, no necesariamente reconociendo la filiación de los Comitentes, pero sí garantizar este derecho al menor.

Se ha denegado el registro de menores previamente en países como España por su prohibición expresa y no ha servido mucho alegar la aplicación del principio del interés superior para que el Estado responda de forma expedita y adecuada tomando en cuenta este principio. El argumento consiste en que no está justificado en estos casos, que si bien es cierto estos contratos son nulos, no significa que no pueda inscribir bajo la tutela estatal a la niñez. Ahora bien, en una situación de conflicto internacional se podría considerar, dada las circunstancias y las características del colectivo de la niñez gestada por sustitución, establecer medidas cautelares de parte de los Estados para evaluar y monitorear su situación, y su registro. En el país de origen en conflicto no hay manera de que estos niños no estén expuestos al peligro y que sea vean afectadas su integridad personal, su salud y el derecho de pertenecer a una familia y su identidad.

Ucrania permite el registro público de los menores por los padres comitentes a través del acuerdo de subrogación. La filiación adquirida por los padres comitentes en

¹²³ Convención sobre los Derechos del Niño. Art. 41: 02/03/2022. [Consultado: 21 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

¹²⁴ Comité de los Derechos del Niño; Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* 02/03/2022. [Consultado: 21 de Febrero de 2023]. Disponible en:

<https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>

¹²⁵ Idem

¹²⁶ Declaración de los Derechos del Niño; Proclamada por la Asamblea General en su resolución 1386 (XIV), de 20 de noviembre de 1959 (principio 2, párrafo 7)* 20/11/1959. [Consultado: 21 de Febrero de 2023]. Disponible en:

<https://www.observatoriodelainfancia.es/oia/esp/descargar.aspx?id=3990&tipo=documento>

Ucrania no suele ser un problema su registro, y la garantía de una nacionalidad, especialmente cuando saben que sus países de origen tienen prohibiciones expresas. Empero, no garantizará que puedan regresar a países receptores y sean reconocidas las filiaciones inmediatamente dependiendo de cada legislación.

Un ejemplo respecto de la filiación adquirida por los comitentes para poder transmitirles la nacionalidad, es la de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, España de 23 de noviembre de 2011. Inició con una pareja de padres comitentes que solicitaron el registro del menor ante la DGRN en Estados Unidos (país de origen), cuya autoridad decidió realizar el registro y creyó que el interés superior del menor estaría relacionado a su inscripción de filiación en favor de sus padres comitentes¹²⁷; pero, al llegar al país receptor en España, llevándolo a última instancia, el Tribunal Supremo no estuvo de acuerdo y argumentó lo siguiente...

...Es contrario al orden público español porque la legislación del Registro Civil español exige que el control previo al reconocimiento en España de la decisión de la autoridad administrativa extranjera, en este caso la encargada del Registro civil de California, no debe limitarse solo a los aspectos formales sino también debe extenderse a las cuestiones de fondo, y en este caso la cuestión de fondo es que la gestación por sustitución no está permitida en el ordenamiento jurídico español¹²⁸.

Después de darse a conocer este caso, fue doctrinalmente cuestionada la DGRN de California por dilemas ético jurídicos con relación a la legitimación de la maternidad subrogada y las condiciones económicas sociales de las mujeres que prestan estos servicios. También hubo críticas positivas al respecto¹²⁹; pero ambas críticas no se hicieron desde una perspectiva integral, en realidad si la autoridad de Estados Unidos consideró que para este menor de conformidad a la autonomía progresiva¹³⁰, la inscripción era necesaria en ese momento para garantizar su interés superior, pudo ser aplicable siempre y cuando se garanticen los derechos de la niñez. Ahora, respecto de

¹²⁷ Farnós Amorós, Esther., «Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. Cuestiones que plantea la Resolución de la DGRN de 18 de febrero de 2009», *InDret Revista para el análisis del Derecho*, enero (2009), 17 y, pp. 1-25. *Revista para el Análisis del Derecho*- Nº1 - 2023 - ISSN 1698-739X. . [Consultado: 21 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://indret.com/inscripcion-en-espana-de-la-filiacion-derivada-del-acceso-a-la-maternidad-subrogada-en-california/>

¹²⁸ Farnós Amorós, Esther., op. cit.; De Verda Beamonte, José Ramon; “*Inscripción de hijos nacidos mediante gestación por sustitución (a propósito de la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 15 de Valencia, de 15 de septiembre de 2010)*”, Jiménez Muñoz, Francisco Javier., «Denegación de la inscripción de la filiación determinada por la celebración de un contrato de gestación por sustitución. Comentario a la STS 835/2013, de 6 de febrero de 2014 (RJ 2014, 736)», *Revista boliviana de Derecho*, 18, (2014), 405 y ss. se han mostrado críticos a la decisión de la DGRN. [Consultado: 21 de Febrero de 2023].

¹²⁹ Y, Calvo Caravaca, A-L., y Carrascosa González, J., «*Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado: Consideraciones en torno a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009*», en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 1, 2, (2009), 294-319; Vela Sánchez, A.J., «*Los hijos nacidos de convenio de gestación por sustitución no pueden ser inscritos en el Registro Civil español. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014*», *Diario La Ley*, Nº 8279, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2014.

¹³⁰ Fernández Espinoza, William Homer “*La autonomía progresiva del niño y su participación en el proceso judicial*”. Pp.177 20 de agosto de 2017. Universidad de San Martín de Porres. [Consultado: 18 de Marzo de 2023].

Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6222545.pdf>

aceptar en si la gestación por sustitución, Estados Unidos está incumpliendo con el Protocolo Facultativo sobre venta de niños.

Otro caso significativo tuvo lugar en Tailandia en el año 2014. Una pareja proveniente de Australia contrató a una madre de alquiler para gestar. Antes de cumplirse el primer trimestre, se informó que el feto padecía síndrome de Down, y padecía una condición cardíaca, por lo que solicitaron a la madre gestante que abortara. Sin embargo, ella se negó a que se le practicase el aborto. Esta situación generó un conflicto y decidieron no aceptar al bebé ya nacido con su condición. Estas situaciones ponen en evidencia la realidad del proceso de cosificación de los menores¹³¹.

2.1.4 Aportaciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el reconocimiento de menores gestados por sustitución

Partiendo del Artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, Anexo VIII 2 para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales (1950); El Tribunal Europeo se ha pronunciado en diferentes ocasiones respecto de la gestación por sustitución. A continuación se profundizará sobre algunos aspectos resolutivos de relevancia y aporte del TEDH.

i. Asunto D. y otro contra Bélgica de 8 de julio de 2014¹³².

Una pareja belga en 2013 tuvo un hijo con la ayuda de las TRA en Ucrania, a través de la subrogación. La legislación ucraniana como se explica anteriormente, establece que los padres intencionales se comprometen por medio de un acuerdo de subrogación gestacional. Los comitentes son considerados como tal, siempre que al menos uno de ellos contribuya con gametos y no haya ningún vínculo genético entre la mujer que gesta y el niño. El certificado de nacimiento ucraniano presentado a las autoridades belgas en Kiev, en apoyo de una solicitud de pasaporte para el niño, nombraba a la pareja como sus padres y no hacía ninguna referencia a la subrogación.

Bélgica no tiene ninguna ley que prohíba o permita la maternidad subrogada, pero el pasaporte fue denegado inicialmente porque la pareja no pudo demostrar que la mujer comitente, había estado embarazada o que el comitente estaba biológicamente emparentado con el niño. Obligados a abandonar Ucrania al expirar sus visados, la pareja estuvo separada del menor durante casi tres meses¹³³.

Transcurridos algunos meses, “un tribunal de apelación belga ordenó al gobierno que permitiera la entrada del niño en el país para ser criado por los padres previstos, tras haber recibido pruebas suficientes de la existencia de un vínculo biológico entre el padre

¹³¹ BBC News Mundo. “Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada”; 2014; Disponible en:

https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm

¹³² D. y otro v. Bélgica de 8 de julio de 2014. DECISIÓN no 29176/13.TEDH. [Consultado: 21 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press#%7B%22itemid%22:%5B%22003-4865500-5943678%22%5D%7D>

¹³³ Idem

previsto y el niño”¹³⁴. Aquí se puede identificar que se toma en cuenta el vínculo filial ligado al derecho de la preservación de su identidad. La pareja demandó a Bélgica ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos por denegar su solicitud inicial de pasaporte, que había precipitado la separación temporal del menor. Los demandantes alegaron una violación de conformidad al artículo 3 de la Convención en relación al artículo 8.

Además del artículo 8 sobre el derecho al respeto a la vida privada y familiar: también se fundamentaron los artículos 6: que toda persona tiene derecho a un proceso equitativo; Artículo 13: al derecho a un recurso efectivo, Artículo 17: sobre prohibición del abuso del derecho. Y, Artículo 35.3 y 4 sobre las condiciones que deben darse en la demanda para ser admisible.

El Tribunal apreció el presente asunto afirmando que “en primer lugar, es esencial mencionar que cuando los demandantes iniciaron un procedimiento de conformidad con el artículo 27 del Código de Derecho Internacional Privado en Bélgica”¹³⁵. Lo anterior, con el fin de obtener el reconocimiento de la partida de nacimiento del menor, que no fueron objeto de las reclamaciones presentadas ante el Tribunal de Justicia, ya que los demandantes sólo se referían a una solicitud urgente que presentaron para que el niño pudiera entrar en Bélgica.

El Tribunal señaló que la espera del matrimonio para que se les admitiese la solicitud no fue excesivamente larga, además de que era un procedimiento que obligatoriamente el Estado belga tenía que realizar al considerar que “la Convención no puede exigir a los Estados miembros que se autorizasen el ingreso a su territorio de los hijos nacidos de la gestante subrogada sin previa verificación legal por parte de las autoridades nacionales”¹³⁶. Asimismo, el tribunal hace hincapié en que “el hecho de no haber podido permanecer más tiempo en Ucrania no era responsabilidad del Estado Belga”¹³⁷ y que ya se habían resuelto casos similares que podían prever que el trámite toma su tiempo para verificar la relación biológica y filial.

Por todo lo expuesto anteriormente, el Tribunal declaró que no había fundamento en la denuncia en relación al artículo 8 del Convenio por parte de los demandantes y que se debe de desestimar conforme al artículo 35.3 a) y 4 del mismo Convenio.

ii. Asunto Mennesson contra Francia, de 2014¹³⁸

Dominique y Sylvie Mennesson viajaron a California para contratar un servicio de subrogación, que finalmente dio a luz a dos gemelas con un óvulo de una donante.

¹³⁴ Idem

¹³⁵ Código de Derecho Internacional Privado en Bélgica; “Reconocimiento y fuerza ejecutoria de actos” Art. 27. Disponible en: <https://lercarrera.files.wordpress.com/2013/12/cc3b3digo-de-dipr-belga-2004.pdf>

¹³⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Asunto D. y otro v. Bélgica de 8 de julio de 2014”. DÉCISION Requête n o 29176/13. [Consultado: 21 de Marzo de 2023].

Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%7B%2229176/13%22%7D%7D>

¹³⁷ Storrow, Richard F. International Surrogacy in the European Court of Human Rights. (2018). NCJ Int'l L., pp43, 38. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291587

¹³⁸ MENNESSON v. FRANCE (Application no. 65192/11) 26 June 2014 TEDH. [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%7B%22001-145389%22%7D%7D>

Dominique es el padre genético de Valentina y Fiorella. Los funcionarios consulares franceses en Los Ángeles, a quienes se pidió que transcribieran el certificado de nacimiento pero que sospechaban que la pareja había contratado el servicio de gestación por sustitución en Estados Unidos contraviniendo la legislación francesa, se negaron a expedir un pasaporte o un visado para las dos niñas.

En 2001, se abrió una investigación preliminar contra una persona por actuar como intermediario en un contrato de maternidad subrogada y en relación con el matrimonio por falsa representación infringiendo el estado civil de las niñas¹³⁹. El juez de instrucción no se pronunció porque los hechos se habían cometido en el territorio de Estados Unidos, donde no estaban tipificados como delito y, por tanto, no eran punibles en Francia.

Los datos de las partidas de nacimiento se inscribieron, a instancia de la Fiscalía, en el Registro central francés de nacimientos, matrimonios y defunciones; poco después, el Fiscal de Crèteil interpuso un recurso contra el matrimonio francés para que se anularan las anotaciones y la sentencia se registró al margen de las entradas, que quedaban así invalidadas¹⁴⁰.

A raíz de esta actuación del Ministerio Fiscal, hubo una serie de procedimientos en los tribunales civiles: El Tribunal de primera instancia de Crèteil declaró la acción como inadmisibles¹⁴¹. El Fiscal apeló al Tribunal de Apelación de París y este también lo consideró inadmisibles¹⁴²; El Tribunal de Casación revocó esa sentencia sobre la base de que la Fiscalía quería anular la inscripción por la sospecha de contrato de gestación por sustitución¹⁴³. Finalmente, el Tribunal de Apelación de París revocó la decisión que se le había remitido, anuló las inscripciones relativas a las partidas de nacimiento y ordenó que su sentencia fuera anotada al margen de las inscripciones de nacimiento invalidadas¹⁴⁴.

En virtud del derecho francés, los acuerdos de gestación por sustitución eran nulos por razones de orden público¹⁴⁵, por lo que, sostuvo que, en la medida en que daba efecto a un acuerdo de gestación por sustitución, la sentencia dictada en el caso de los demandantes por el Tribunal Supremo de California era contraria al concepto francés de orden público internacional.

La pareja recurrió ante el TEDH, que comparte el análisis de los demandantes de que el hecho de que esté en juego un aspecto esencial de la identidad de las personas cuando se trata de la relación entre padres e hijos restringe el margen de apreciación del Estado demandado en el presente caso. El Tribunal debe determinar, teniendo en cuenta el principio esencial del interés superior del menor, si se ha alcanzado un justo equilibrio

¹³⁹ Idem

¹⁴⁰ MENNESSON v. FRANCE (Application no. 65192/11) 26 June 2014. TEDH [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%7D>

¹⁴¹ Idem

¹⁴² Margaria, Alice. "Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'?" The ECtHR's First Advisory Opinion. *Med Law Rev.* 2020 May 1;28(2): 412-425. 2014 [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7286747/>

¹⁴³ MENNESSON v. FRANCE (Desición no. 65192/11) 26 June 2014 [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%7D>

¹⁴⁴ Idem

¹⁴⁵ Ibidem [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%7D>

entre los intereses contrapuestos del Estado y los de las personas directamente afectadas por dicha solución.

Por tanto, el Tribunal acepta que el Gobierno pueda considerar que la injerencia persiguió dos de los objetivos legítimos enumerados en el párrafo segundo del artículo 8 del Convenio: la "protección de la salud"¹⁴⁶ y la "protección de los derechos y libertades de los demás"¹⁴⁷. Reconocieron que, al no existir un enfoque europeo común¹⁴⁸, los Estados parte tenían, en principio, un amplio margen de apreciación en cuanto al contenido de las disposiciones jurídicas relativas a la maternidad subrogada. No obstante, afirmaron que, en el presente caso, el alcance de ese de apreciación era relativo.

Teniendo en cuenta esto, al impedir tanto el reconocimiento como el establecimiento en el derecho interno de su relación jurídica con su padre biológico, el Estado demandado sobrepasó los límites permisibles de su margen de apreciación. El Tribunal concluye que se ha vulnerado el derecho al respeto de la vida privada de las niñas¹⁴⁹.

El Tribunal concluye que no se ha violado el artículo 8 del Convenio en lo que respecta al derecho de los solicitantes al respeto de su vida familiar. Sin embargo, hubo una violación de esa disposición con respecto al derecho de las gemelas, el tercero y cuarto al respeto de su vida privada. El Tribunal declaró que Francia debía pagar 5.000 euros (EUR) a cada uno de los niños en concepto de daño moral y 15.000 EUR a los demandantes en concepto de costas y gastos¹⁵⁰.

A la luz de estándares internacionales de la niñez, con relación a la preservación de su identidad y el interés superior, el TEDH consideró el vínculo filial pero sigue presente el margen de apreciación en detrimento de los derechos de la niñez en vez de aplicación de los límites de conformidad a la Convención de los Derechos de la niñez y los Protocolos adicionales, específicamente el relativo a la venta. El vínculo filial ha sido determinante para garantizar el interés superior y el derecho de las niñas a preservar su identidad, tal como lo menciona el Tribunal.

En este caso vemos como el derecho de los Estados a este margen de apreciación del Estado francés si se vio reducido, sin embargo, en esta ocasión, al prohibirlo a nivel interno es de conformidad a Convenios internacionales y habría sido mejor aplicar los límites por tener un estándar de conformidad a protocolos aplicables y especializados. El TEDH no suele citar extensivamente y específicamente otros convenios internacionales y Tribunales Internacionales regionales de la misma materia, pero si suele interpretarlos y tomarlos en cuenta; en el presente caso se refiere al derecho

¹⁴⁶ MENNESSON v. FRANCE. En la opinión consultiva de 2019, el Tribunal consideró que el derecho al respeto de la vida privada [...] de un niño nacido en el extranjero mediante un acuerdo de gestación subrogada exige que el Derecho interno prevea la posibilidad de reconocer una relación legal paterno-filial con la madre intencional, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como "madre legal". DECISIÓN no. 65192/11) 26 Junio 2014 [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%7D>

¹⁴⁷ Idem

¹⁴⁸ Ver Anexo 1, Entrevista II, pregunta 12 al Dr. Luis Jimena.

¹⁴⁹ Storrow, Richard F. International Surrogacy in the European Court of Human Rights. (2018). NCJ Int'l L., pp43, 38. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291587

¹⁵⁰ Idem

a la identidad, que lo regula la Convención de los Derechos del Niño y lo cita de forma general como “otras convenciones internacionales”.

iii. Asunto Labassée contra Francia, 2014¹⁵¹

En el Caso Labassée contra Francia, 2014 el Tribunal adoptó el mismo enfoque que en el asunto Mennesson, declarando que no hubo violación del artículo 8 relativo al derecho de los demandantes al respeto de su vida familiar, y una violación del artículo 8 relativo al derecho de Juliette Labassee al respeto de su vida privada. El Tribunal declaró que Francia debía pagar 5.000 euros a esta última en concepto de daños no pecuniarios y 4.000 euros a los demandantes en concepto de costas y gastos.

Otro aspecto a tomar en cuenta es que el TEDH ha vinculado la configuración de la violación al derecho a la vida privada de los menores, sin embargo no se ha configurado el del respeto a su vida familiar que alegan los padres. El TEDH pondera entre el derecho del margen de apreciación de los Estados, aunque cada vez más reducida, y el derecho de la niñez a una vida privada ligado a la preservación de su identidad. Las decisiones enfatizan la responsabilidad de los Estados a garantizar y respetar a la niñez sus derechos identitarios, por otra parte, no exige a los Estados un derecho a la vida familiar en estos casos exigidos por los padres, aun cuando tengan un vínculo filial.

Las reparaciones también forman parte de las exigencias del TEDH a los Estados que han sobrepasado el margen de apreciación al no garantizar integralmente los derechos de la niñez gestada por sustitución conforme al artículo 8 sobre la vida privada.

iv. Caso Paradiso Campanelli contra Italia, de 2017¹⁵²

La maternidad subrogada en Italia se castiga con fuertes multas y penas de prisión¹⁵³, pero quienes viajan al extranjero para recurrir a la maternidad subrogada no son procesados a su regreso, siempre que el acuerdo de maternidad subrogada sea legal en el país en el que se contrató. Así pues, Italia no ve la maternidad subrogada internacional con la misma dureza que Francia y, por tanto, no tiene antecedentes de tratar a los niños nacidos a través de gestación por sustitución con tanto entusiasmo de soberanismo más que por un enfoque de niñez. Sin embargo, la conexión genética sigue teniendo la misma importancia que en Francia. A su regreso a Italia, el progenitor

¹⁵¹European Court of Human Rights; Labassee v. France, Application no 65941/11, Council of Europe, 26 June 2014. . [Consultado: 16 de Marzo de 2023]. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22tabview%22:\[%22document%22\],\[%22itemid%22:\[%22002-9780%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22tabview%22:[%22document%22],[%22itemid%22:[%22002-9780%22]})

¹⁵² Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Paradiso y Campanelli c. Italia*. - Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf

¹⁵³ Ruiz Martín, Anna María; “*El caso Campanelli y Paradiso ante el tribunal Europeo de derechos humanos: el concepto; Paradiso y Campanelli c. Italia*”. Parr. 19. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 791
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>

biológico es reconocido como progenitor del niño y se le garantiza la ciudadanía sobre esa base¹⁵⁴.

El señor Campanelli y la señora Paradiso presentaron en 2012¹⁵⁵ una solicitud contra la República Italiana por considerar que las autoridades del país habían vulnerado el derecho a la vida privada y familiar del niño. Derechos recogidos en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los DDHH y las Libertades Fundamentales. En 2015 la demanda fue admitida. Y la Sala de la Segunda Sección del Tribunal determinó que sí había existido esa violación del artículo 8.

El Tribunal reconoce la existencia de tal relación durante la primera etapa de la vida del niño, asumiendo los demandantes el papel de padres. En cuanto a la cohabitación, fue de 6 meses en Italia y de unos 2 meses en Rusia. La cohabitación no tiene límite, pero también debe tenerse en cuenta la calidad de la relación¹⁵⁶. El Tribunal reconoce que a pesar de la convicción del demandante de que es el padre biológico, esto no compensa el corto periodo de convivencia y concluye que no existe vida familiar de hecho. A ello se une la precariedad jurídica que los demandantes utilizaron en contra de la legislación italiana.

Esta sentencia tiene una especial aportación, teniendo en cuenta que el caso no ha sido considerado como un supuesto de gestación por sustitución propio. Se considera que lo que en realidad está aportando esta sentencia y por ello suele analizarse por varios investigadores¹⁵⁷, es la reflexión que realiza el TEDH sobre la determinación y valoración del vínculo familiar de facto, a la luz del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).

No obstante, el equilibrio que el Estado debe tener entre el respeto del orden público internacional que alega del Estado de destino y el interés superior del menor es fundamental para el TEDH. En consecuencia, limitar la aplicación de las normas a todos los casos de forma general, el orden público internacional y el interés superior del menor como principio abstracto y general, conduce al fracaso y a soluciones poco equitativas en aquellos Estados en los que la técnica no está permitida o no está regulada. Campanelli y Paradiso es un claro ejemplo de este análisis caso por caso, en el que no se pudo considerar la verdadera existencia de una relación familiar por todos los datos aportados.

El TEDH se ha pronunciado después para explicar la diferencia entre estos casos llevados a su jurisdicción. Estableció que la existencia de esta relación biológica en los casos franceses fue determinante para que el Tribunal constatará la existencia de una violación. En las sentencias *Mennesson* y *Labassee*, el análisis de la situación por parte del Tribunal "adquiere una dimensión especial cuando, como en el presente caso *Campanelli* y *Paradiso*, uno de los padres previstos es también el padre biológico del niño. Dada la importancia de la filiación biológica como componente de la identidad, no puede

¹⁵⁴ Storrow Storrow, Richard F. "International Surrogacy in the European Court of Human Rights". (2018). NCJ Int'l L., pp43, 38. [Consultado: 16 de Marzo de 2023]. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291587

¹⁵⁵ Idem

¹⁵⁶ Idem

¹⁵⁷ Ruiz Martín, Anna María; "El caso *Campanelli* y *Paradiso* ante el Tribunal Europeo de derechos humanos: el concepto; *Paradiso* y *Campanelli* c. *Italia*." Parr. 26. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 791
ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>

decirse que redunde en el interés del niño privarle de una relación jurídica de esta naturaleza cuando la realidad biológica de dicha relación ha quedado establecida y el niño y el progenitor afectados exigen su pleno reconocimiento"¹⁵⁸. La constatación de una violación en el caso italiano es de naturaleza diferente, ya que se refiere a la separación de los demandantes del niño y a la tutela de éste.

A pesar de la evolución de estas situaciones, sigue sin reconocerse una violación de derecho internacional en aquellos Estados que lo regulan en forma positiva por falta de demandas ante el TEDH. Tampoco se ha podido identificar que son venta de niños en tribunales internacionales y esto podría reforzar la relación horizontal entre tribunales regionales y el sistema universal aplicando Convenios Internacionales¹⁵⁹.

¹⁵⁸ Tribunal Europeo de Derechos Humanos; *Paradiso y Campanelli c. Italia*. - Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Press_Q_A_Paradiso_and_Campanelli_ENG.pdf

¹⁵⁹ Ver Anexo 1, Entrevista III. Pregunta 22 al Dr. Jorge Cardona Llorens. TEDH, *Caamaño Valle v. Spain*, n.º 43564/17, 11 de mayo de 2021

III. CAPÍTULO III

DESAFÍOS ACTUALES

Los desafíos que actualmente enfrentan los menores nacidos a través de gestación por sustitución en Ucrania durante el conflicto armado internacional exacerbaban su previa situación de vulnerabilidad. Tal situación de vulnerabilidad merece la identificación de nuevos desafíos que involucran los avances en la TRA, la falta de desarrollo normativo nacional e internacional y los fenómenos sociales. A continuación, se identificarán los siguientes:

3.1 Inseguridad jurídica nacional de Estados receptores respecto de la gestación por sustitución internacional

La inseguridad jurídica en los Estados receptores representa uno de los desafíos más importantes para los menores gestados por sustitución durante el conflicto internacional. Previamente los procesos demoraban o simplemente no se permitía que los menores permanecieran con los padres comitentes, se les reconociera la nacionalidad o se reconociera la respectiva filiación dependiendo del Estado receptor y sus leyes.

En principio, los Estados receptores que explícitamente en su normativa nacional prohíben esta TRA, podrían implementar medidas cautelares dadas las circunstancias de conflictos internacionales. Lo anterior, cuando aún no se reconoce o cumple por tribunales u otros Estados como un crimen internacional como lo establece el Protocolo facultativo de la Convención de los Derechos del Niño relativo a la venta, la prostitución y la pornografía infantil. Las medidas cautelares que se podrían implementar podrían consistir en el monitoreo de la situación de derechos humanos de este colectivo de la primera infancia o incluso el registro si se identifica algún caso.

La obligación vigente de los Estados que son parte de la Convención de los Derechos del niño y sus protocolos adicionales les requiere garantizar la protección de la niñez de conformidad a los principios del interés superior del niño, el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo (autonomía progresiva), la participación infantil y la no discriminación¹⁶⁰. Al ser este grupo de menores de la primera infancia, su participación no es posible, por lo tanto requiere de esfuerzos para garantizarles su integral protección en tomas de decisiones que les afecten como se ha mencionado anteriormente.

Un ejemplo de prohibiciones expresas lo tiene España, la Constitución Española, de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida y de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Los Estados que prohíben explícitamente suelen tener problemas al determinar la filiación y por ello, se

¹⁶⁰ Convención sobre los Derechos del Niño; art. 2, art. 3, art. 6; *Art. 4*: Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención. [Consultado: 21 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>

debería de desarrollar una normativa de procedimiento específica si aún se enfrentan con comitentes que no cumplen con las leyes internas. Por otro lado emplear políticas públicas para concientizar a la población sobre las adopciones y crear procedimientos más efectivos en la política de adopción.

Los Estados receptores que si permiten la gestación por sustitución comercial a falta de estándares internacionales en sus leyes están violando múltiples derechos de la niñez, como es el ejemplo de Ucrania. Ucrania como Estado de origen y como Estado receptor que permite esta TRA, da un tratamiento jurídico a la niñez como “cosas” o “bienes” “comerciables” y no como sujetos de derecho.

Los Estados que poseen las legislaciones que permiten la gestación por sustitución incurrirían en responsabilidad internacional no solo en conflictos armados internacionales, sino en situaciones de paz. La niñez gestada por sustitución comercial es víctima de venta y podría verse agravada por la configuración del delito de trata¹⁶¹ o tráfico ilegal durante el conflicto internacional, que a su vez es una modalidad dentro de las nuevas esclavitudes y un delito de lesa humanidad¹⁶²; constituyendo así una de las peores violaciones de los derechos humanos, ya que degrada a estos menores al convertirlos en objetos con los que traficar.

Reconocer que los niños gestados por sustitución comercial, tengan o no vínculo filial con alguno de los comitentes configura un crimen internacional como lo es la venta. Dada la situación de extrema vulnerabilidad durante el conflicto internacional de la niñez gestada por sustitución es necesario el monitoreo de la situación para identificar si estos niños y niñas no han caído en redes de tráfico y trata de personas. Por ello, es importante identificar los elementos de acción (Albergar, recibir, transferir), medios (abuso de vulnerabilidad, pagos o beneficios a las partes controladoras) y fin (Servicios) para la tipificación del delito de trata en la gestación por sustitución comercial.

El Estatuto de Roma en su artículo 7 establece un listado de crímenes de lesa humanidad que pueden ser identificados y que se relacionan con acciones u omisiones reconocidas en el tipo penal de la trata de personas:

“...la esclavitud como el ejercicio de los atributos del derecho de propiedad sobre una persona, o de algunos de ellos, incluido el ejercicio de esos atributos en el tráfico de personas, en particular mujeres y niños, tal como se define en el inciso c) del numeral 2 del artículo 7 del Estatuto de Roma”¹⁶³.

De conformidad al Artículo 5.1. del Estatuto de Roma, la Corte Penal Internacional tendrá competencia respecto de los siguientes crímenes: a) El crimen de genocidio; b) Los crímenes de lesa humanidad; c) Los crímenes de guerra; d) El crimen de agresión. Por lo tanto, es necesario el estudio a profundidad de la configuración del

¹⁶¹ Zhulali de Andrés, Edlira. “*Trata de personas: Crimen de lesa humanidad*”; 2017. Derecho Pp148. Disponible en: <http://200.46.121.117:8080/handle/123456789/596>

¹⁶² Servín Rodríguez, Christopher Alexis; “*La evolución del crimen de lesa humanidad*” pp 213. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S0041863314705058>

¹⁶³ Estatuto de Roma; “*Delitos de lesa humanidad*”; Art. 7 n°1 c) n°2 c). Disponible en: [https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)

delito de trata de personas en la gestación por sustitución en el marco de un conflicto internacional.

En tercer lugar y no menos importantes, son aquellos Estados que no contemplan en sus ordenamientos jurídicos su postura respecto de la gestación por sustitución. Esta conducta estatal de tolerancia, puede ser extremadamente riesgosa para los sujetos de derecho que están involucrados en esta nueva actividad económica internacional. No contener ni desarrollar una normativa puede significar un nicho económico abierto para organizaciones criminales transnacionales que estén ligados a la venta y trata de seres humanos y la explotación sexual. Sin duda alguna, la inseguridad jurídica pone en riesgo la vida e integridad de los menores gestados a través de esta TRA.

La constatación de una demanda de niños superior a los adoptables atrae la actividad de las organizaciones criminales hacia la satisfacción de ese interés fuera del ordenamiento jurídico. A veces tras la apariencia de servicio social se esconde un negocio de millones de dólares en el que las organizaciones criminales actúan como intermediarias entre las familias vulnerables y las que no pueden tener hijos¹⁶⁴.

Finalmente, es necesario que a partir de las posturas de los Estados, desarrollen sus normativas y publiciten sus leyes. La seguridad jurídica no solo consiste en contener determinada postura en sus leyes y publicarlas en diarios oficiales, sino garantizar que su sociedad conozca los efectos e impacto en sus vidas, es fundamental socializarlas sin excesivo tecnicismo.

3.2 Componente de conflicto internacional en el territorio de origen

Otro desafío importante que enfrentan los menores gestados por sustitución que se ha estado mencionando a lo largo del presente trabajo es el actual conflicto internacional entre Rusia y Ucrania. Desde que salió publicada en marzo de 2022 por medios internacionales la situación que vivían los menores en ese momento, no se ha actualizado la información.

Dada la naturaleza cambiante de los conflictos internacionales, después de un año de guerra en Ucrania, la niñez sigue estando en riesgo. Las actuaciones ilegales de parte de agentes estatales, y “la participación cada vez mayor de elementos no estatales y el empleo de métodos de guerra no tradicionales aumentan la dificultad que supone cuantificar las repercusiones de la guerra sobre la infancia”¹⁶⁵.

Enfrentar un conflicto armado internacional no solo significa poner en riesgo la vida e integridad física de estos menores como se suele aludir. Sino también, impacta en las necesidades diferenciadas conformes a su temprana edad y puede afectar derechos

¹⁶⁴Pardo Miranda, Marta. “La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos”. Universidad de Murcia. 2023. Pp68. [Consultado: 21 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/538701/337121/2031141>

¹⁶⁵Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) “La infancia y los conflictos en un mundo en transformación”; Abril de 2009 Copublicado por: Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados Naciones Unidas S-3161 pp8.[Consultado: 21 de Marzo de 2023] Disponible en: https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/MachelStudy-10YearStrategicReview_es.pdf

fundamentales y humanos como en la salud y la alimentación. “La primera infancia desde los cero a los seis años se trata de una etapa en la que el sistema nervioso dependerá sobre todo de la nutrición y de la adecuada estimulación”¹⁶⁶.

Como se mencionó anteriormente, en Ucrania durante el conflicto armado internacional, en zonas ocupadas y las que han sido afectadas, las instituciones estatales no están funcionando de forma normal y las entradas y salidas al territorio son de difícil acceso. Uno de los requisitos para poder salir del territorio ucraniano y entrar a otros territorios es presentar su pasaporte o partida de nacimiento para estudiar caso por caso, como es el caso de España¹⁶⁷. La situación de los menores nacidos por gestación por sustitución necesita ser registrados para poderles otorgar una identificación, y nacionalidad que da acceso a otros derechos fundamentales.

Durante la visita del Fiscal de la CPI Karim A. A. Khan KC a inicios de febrero, de 2023 a Ucrania, vuelve a mencionar su compromiso como Fiscal con los derechos de la niñez y expresó que “los niños no deben seguir siendo las víctimas olvidadas de los conflictos”¹⁶⁸ y que la misión de su visita en Ucrania pone de relieve este imperativo. Durante su visita se encontró con centros de acogida vacíos y expresó lo siguiente:

*En el sur de Ucrania, a dos kilómetros de la línea del frente, visité un centro de acogida para niños. Los dibujos clavados en la pared y los armarios llenos de ropa hablaban de un contexto de amor y apoyo que una vez existió. Pero este hogar estaba vacío, como consecuencia de la supuesta deportación de niños de Ucrania a la Federación Rusa o de su traslado ilegal a otras partes de los territorios temporalmente ocupados. Como señalé ante el Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas el pasado mes de septiembre, estos presuntos actos están siendo investigados por mi Oficina con carácter prioritario. Los niños no pueden ser tratados como botín de guerra*¹⁶⁹.

Los conflictos internacionales también pueden servir de oportunidad para agentes estatales y agentes no estatales en abducciones por motivos criminales. De hecho, la Corte Penal Internacional, días después de la visita a Ucrania, el día 17 de marzo de 2023 ha dictado órdenes de detención contra Vladimir Vladimirovich Putin y Maria Alekseyevna Lvova-Belova por ser presuntamente responsables del crimen de guerra de deportación ilegal de población (niños) y de traslado ilegal de población (niños) de las zonas ocupadas de Ucrania a la Federación de Rusia (en virtud de los artículos 8.2.a.vii y 8.2.b.viii del Estatuto de Roma). Los crímenes se habrían cometido en territorio ocupado por Ucrania al menos desde el 24 de febrero de 2022. Y una de estas agencias intermediarias si se sabe qué hace algún tiempo está en territorio ucraniano ocupado por Rusia pero no hay más información de la localización de las demás agencias. Las citadas órdenes de detención

¹⁶⁶ Bedoya Pereda, Deyanira. “Necesidades, intereses, inclinaciones de acuerdo a la edad de los individuos”

https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/6826/12CAPITULO6_2.pdf;jsessionid=DFD6BA39F2044A1258E141A702BAD2FB?sequence=12

¹⁶⁷ Ministerio de Inclusión, Seguridad Social, y Migraciones de España

“Información para personas desplazadas desde Ucrania en España”; pp. 2. Disponible en:

<https://ucraniaurgente.inclusion.gob.es/>

¹⁶⁸ Corte Penal Internacional; “ICC Prosecutor Karim A. A. Khan KC concludes fourth visit to Ukraine:

“Amidst this darkness, the light of justice is emerging” Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-khan-kc-concludes-fourth-visit-ukraine-amidst-darkness-light-justice/> Ukraine

Situation in Ukraine ICC-01/22 <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>

¹⁶⁹ Idem

se dictaron en virtud de las solicitudes presentadas por la Fiscalía el 22 de febrero de 2023¹⁷⁰

La CPI sostiene que hay motivos razonables para creer que el Sr. Putin es responsable penalmente a título individual de los crímenes mencionados, (i) por haber cometido los actos directamente, conjuntamente con otros y/o a través de otros (artículo 25(3)(a) del Estatuto de Roma), y (ii) por no haber ejercido un control adecuado sobre los subordinados civiles y militares que cometieron los actos, o permitieron su comisión, y que estaban bajo su autoridad y control efectivos, de conformidad con la responsabilidad superior (artículo 28(b) del Estatuto de Roma)¹⁷¹.

Pramila Patten, la enviada especial de la ONU sobre violencia en conflictos advirtió en junio de 2022 que la crisis humanitaria en Ucrania se estaba convirtiendo en una “crisis de trata de personas”¹⁷². La ONU había recibido para esa fecha 124 alegaciones de violencia sexual durante la guerra en Ucrania y advirtió que pudo ser solo “la punta del iceberg”¹⁷³. El Fiscal Karim A. A. Khan KC menciona que estos actos, entre otros, demuestran la intención de expulsar permanentemente a estos niños de su propio país y que en el momento de estas deportaciones, los niños ucranianos eran personas protegidas en virtud del Cuarto Convenio de Ginebra.

Por consiguiente, dadas las atroces circunstancias, los menores gestados por sustitución en Ucrania son susceptibles a ser deslocalizados y un desafío importante es la falta de inscripción en un registro; Es sumamente necesario localizar y ver la situación actual de estos menores a través de mecanismos de monitoreo por la Fiscalía de la CPI en virtud de la fase de investigación en la que se está procediendo.

3.3 Inseguridad jurídica internacional y desprotección normativa e institucional de menores gestados por sustitución.

A lo largo del presente trabajo se ha podido reflejar la falta de estándares internacionales específicos consensuados respecto de la gestación por sustitución en el ámbito internacional. La postergación del debate y poco interés en invitar a organizaciones no gubernamentales de derechos humanos en la redacción de proyectos de tratado y políticas internacionales (el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya)¹⁷⁴, afecta la identificación y confirmación sobre la configuración del delito de

¹⁷⁰ Corte Penal Internacional; “Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova” [Consultado: 26 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>

¹⁷¹ Idem

¹⁷² ONU; “La ONU advierte que la crisis humanitaria en Ucrania se está convirtiendo en una “crisis de trata de personas”; 6 de junio de 2022. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/06/1509782>

¹⁷³ Corte Penal Internacional; “Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova”; Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>

¹⁷⁴ International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood; Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres; “Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestación subrogada transfronteriza

venta. De igual forma, relega la gestación por sustitución al Derecho Internacional Privado en vez de asumirlo desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y de forma más específica a los derechos de la niñez.

El Derecho Internacional Público de los Derechos Humanos podría incidir en el abordaje de esta disyuntiva con el objetivo de que los Estados regulen en los ordenamientos jurídicos sus posturas frente a esta TRA y los efectos e impactos colaterales en los sujetos de derecho. Es importante tomar en cuenta que la regulación en el derecho privado familiar, el derecho migratorio, el derecho civil y constitucional son un reflejo de las sociedades que han elegido a sus representantes. No obstante, se tienen que cumplir garantías mínimas en cuanto al respeto y protección de los derechos fundamentales y humanos (especialmente las cláusulas pétreas de derechos fundamentales y los *Ius cogens* internacionales). Este compromiso es con sus sociedades, pero también un compromiso internacional frente a la primera infancia y los compromisos previos como es la Convención de los Derechos del Niño¹⁷⁵.

La inseguridad jurídica internacional frente a la primera infancia gestada a través de la gestación por sustitución se traduce en la falta de evocación en el ámbito internacional; si no se evoca a este colectivo de forma directa, es decir, el hecho de aceptar que la niñez gestada por sustitución comercial es un colectivo de la primera infancia que necesita de especial atención por la situación de vulnerabilidad en la que se encuentra, difícilmente se podrán identificar necesidades específicas que podrían pasarse por alto en regímenes generales e incluso especializados como el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.

La comunidad internacional debe lidiar con una constante evolución en las nuevas tecnologías y nuevas modalidades de transgresión a los derechos de la niñez, por ello es necesario realizar un constante monitoreo de nuevos fenómenos sociales y atenderlos como corresponde, como por ejemplo con reformas que consistan en nuevos términos que anteriormente no existían. Para poder realizar reformas o adoptar nuevos acuerdos internacionales vinculantes es necesaria la investigación, el interés político y social, pero estos acuerdos no deben de ser en detrimento de los derechos humanos.

Actualmente se cuenta con un amplio consenso internacional en el abordaje general de los derechos de la infancia, fruto de esfuerzos previos de diversos actores internacionales. La Asamblea General de Naciones Unidas ya instaba en 1986 a los Estados a la creación de leyes que prohibieran el secuestro o cualquier otro acto encaminado a la colocación ilícita de niños, y a tomar medidas para evitar la venta o trata de niños para cualquier fin o de cualquier forma¹⁷⁶. Ahora, es necesario tomar nuevas medidas al respecto de las TRA; esta nueva modalidad de TRA requiere de diferentes

junio 24, 2022/en Noticias /por prensa”. Disponible en: <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/>

¹⁷⁵ Ver anexo 1, Entrevista I, pregunta 12 y 14 a la Dra. Nora Susana Schulman.

¹⁷⁶ Asamblea General de Naciones Unidas; “*Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*”. 3 de diciembre de 1986. [Consultado: 24 de Marzo de 2023]. Disponible en:

http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/SITE_CRE/ARBOL_CARPETAS/BB_QUE_HACEMO_S/B40_COOPERACION_INTERNACIONAL/EDUCACION/CII/COLOR_PAZ_CONFERENCIA/COLOR_RECURSOS/COLOR_LEGISLACION/DECLARACIONPRINCIPIOSSOCIALES.PDF

aristas a tomar en cuenta para no dejar vacíos legales que impacten en la vida de la primera infancia gestada por sustitución.

La necesidad de interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño y evocar al problema de la gestación por sustitución se traduce en ejemplos como el de las adopciones; se contiene de igual forma en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional¹⁷⁷. El Convenio sigue, según la propia declaración, los principios reconocidos por Naciones Unidas en la Convención de Derechos del niño de 1989 y en la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos aplicables a la protección y al bienestar de los niños.

El Preámbulo del Convenio declara que, entre otros objetivos, el Convenio se adopta “para prevenir la sustracción, la venta o el tráfico de niños”; la prohibición de tráfico, por tanto, es general. También es único el tenor literal con que se expresa: “prohibición de beneficios indebidos”¹⁷⁸. Al referirse a beneficios indebidos, esta redacción deja a una interpretación en la que podría haber un margen de beneficio. Ahora, estos protocolos no se pueden aplicar de igual forma a las prácticas de gestación por sustitución. Y este enorme vacío y falta de evocación, deja desprotegidos desde múltiples dimensiones al colectivo de la primera infancia gestada por sustitución.

3.4 Dilemas ético jurídicos respecto de la gestación por sustitución y el desarrollo normativo e institucional

En el campo de las nuevas tecnologías de la reproducción asistida, los dilemas ético jurídicos no se hacen esperar, especialmente cuando se discute respecto de la gestación por sustitución. En adelante, se mencionarán tres dilemas éticos que constantemente cuestionan posturas estatales frente a esta TRA. No obstante, estos dilemas no buscan necesariamente mantener el estatus quo, al contrario, buscan un espacio de discusión y desarrollo para identificar los orígenes de los problemas. Dar respuesta a estos dilemas a través de espacios de discusión y representatividad podría elevar y visibilizar las necesidades diferenciadas de los sujetos de derecho en cuestión.

¹⁷⁷ Conferencia de la Haya, Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Más extensamente en CUARTERO RUBIO, M.V., “Adopción internacional y tráfico de niños”, en (coord.) Martín López M.T. Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas, 2000, núm. 1840, pp. 407 y ss. Y, Bedoya Pereda, Deyanira. “Necesidades, intereses, inclinaciones de acuerdo a la edad de los individuos” pp 69. [Consultado: 23 de Marzo de 2023]. Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/(1)/dof/spa/pdf)

¹⁷⁸ Asamblea General de Naciones Unidas; “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional”. 3 de diciembre de 1986. [Consultado: 23 de Marzo de 2023]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/SITE_CRE/ARBOL_CARPETAS/BB_QUE_HACEMO/S/B40_COOPERACION_INTERNACIONAL/EDUCACION/CII/COLOR_PAZ_CONFERENCIA/COLOR_RECURSOS/COLOR_LEGISLACION/DECLARACIONPRINCIPIOSSOCIALES.PDF

3.4.1 Transacciones económicas y gestación por sustitución

Las transacciones económicas en cuanto a la maternidad subrogada provocan aversión en una parte de la población¹⁷⁹, y en un grupo muy reducido, mueven muchísimo dinero¹⁸⁰. La mercantilización de los cuerpos de las mujeres ha dejado de verse desde la perspectiva altruista a la que se solía aludir. Pasar por un proceso biológico inducido a cambio de compensaciones económicas es de difícil equivalencia y reparación. El desafío sobre la mercantilización de la gestación por sustitución internacional, puede invitarnos a reflexionar que es lo que realmente está fallando en nuestras sociedades y modelos de desarrollo a través de un sistema económico insostenible e inhumano al no poner límites.

Roth, Alvin, el Premio Nobel de Economía en su reciente trabajo sobre “Quien recibe y ¿por qué?” categoriza tres tipos de aversión económica: la cosificación (el rechazo a poner precio a ciertos intercambios), la coerción y explotación (relacionada a las restricciones financieras de quienes acceden a estas ofertas sin igualdad de condiciones), y la pérdida del altruismo (relacionada a satisfacer el bienestar individual inmediatamente).

La gestación por sustitución suele verse como un intercambio económico de forma simple, pero el coste beneficio no es igual entre las partes, existe la venta de un ser humano sujeto de derechos. El coste más alto terminará asumiéndolo el sujeto de derecho que se encuentre restringido económicamente, ahí podemos identificar por un lado a las mujeres que prestan los servicios y por otro lado más evidente a los menores. La mercantilización de la gestación por sustitución también puede acarrear contratos con cláusulas abusivas como se menciona anteriormente en el presente trabajo, pero el tratamiento jurídico no debe versar en una orientación al cliente o derecho de consumo sino desde los derechos de la niñez.

En Estados Unidos se promueve por ejemplo este intercambio económico a través de medios de comunicación. Ejemplo de ello es mostrar en noticias¹⁸¹ los montos que se pagan por este nuevo servicio, indicar cuál es el proceso a seguir y venderlo como una buena oportunidad de ingresos¹⁸². De igual forma se promueve para que padres comitentes que no puedan tener hijos lo consideren antes que la adopción. Los medios de comunicación¹⁸³ también deben de asumir responsabilidad al compartir información porque influye en como vemos los distintos fenómenos sociales. Se puede considerar

¹⁷⁹ Rodríguez Álvarez, Carmelo; Puch, Luis; “Aversión económica y gestación subrogada”. 13/03/2019. [Consultado: 23 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://nadaesgratis.es/luis-puch/aversion-economica-y-gestacion-subrogada> ; Roth, Alvin; El Premio Nobel de Economía “Repugnance as a Constraint in Markets”, Journal of Economic Perspectives 2007, y “Who gets what and Why?”.

¹⁸⁰ SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 25, 2017, p. 6.

¹⁸¹ Telemundo; “Todo lo que necesitas saber para tener un bebé con un vientre de alquiler”. Nota. . [Consultado: 23 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.telemundo.com/shows/hoy-dia/familia/todo-lo-que-necesitas-saber-para-tener-un-bebe-con-un-ventre-de-alqui-rcna13329>

¹⁸² Ver anexo 1, Entrevista I, pregunta 12 a la Dra. Nora Susana Schulman.

¹⁸³ Committee on Bioethics (DH-BIO); Conseil of Europe, Secretariat; “Surrogacy Addendum to the Replies to questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP”; Is it lawful to advertise surrogacy services? pp. 31; Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>

incluso como publicidad engañosa porque la información es superficial y llama la atención a considerar la gestación por sustitución de forma sugestiva como un medio de ingresos que no implica efectos negativos sobre los cuerpos, o las complicaciones que podrían tener (al omitir esta información), y no menos importante, que es un delito este intercambio comercial por la niñez.

Los montos que reciben mujeres que gestan por sustitución no es igual en todos los países que lo regulan ni en los que no lo regulan. Normalmente las agencias que si tienen permiso y de las que se tiene conocimiento si tienen el ánimo de lucro. Por tanto el monto que pagan los comitentes no va directamente y en su totalidad a las mujeres que gestan. Se puede comparar por ejemplo entre Estados Unidos y Ucrania, no es equivalente; mientras en Estados Unidos se paga \$ 30,000.00 dólares estadounidenses¹⁸⁴ o más, directamente a la gestante sin tomar en cuenta los impuestos, en Ucrania, todo el proceso cuesta alrededor de \$ 46,000.00 dólares estadounidenses o € 43.000.00 euros¹⁸⁵; de esta cantidad, una parte la toma la agencia, otra parte está dirigida a los costos del proceso y la última parte la tendrá gestante.

Asumir el desafío de debatir el tema de la gestación por sustitución significa asumir responsabilidades estatales, jurídicas, colectivas e individuales para garantizar a corto, mediano y largo plazo la evitación de los menores riesgos y afectaciones posibles. En primer lugar, discutir como sociedades que estamos dispuestas y dispuestos a aceptar con base en información fidedigna y con enfoque de derechos humanos, es decir, que nos lleva a que un colectivo acepte compensaciones económicas bajo un supuesto. En segundo lugar, posicionar la prohibición debidamente regulada. Y en tercer lugar, garantizar la integridad personal de la niñez y de mujeres en situación de vulnerabilidad a través de políticas públicas que ayuden a bregar la brecha de desigualdad, desprotección y aplicabilidad de estas leyes.

3.4.2 Mujeres en situación de pobreza que prestan servicios de maternidad por sustitución

Las rutas del turismo de vientres de alquiler no son insensibles al mapa de la pobreza y es que se trata de un flujo mercantil que mueve al año millones de dólares¹⁸⁶. El consentimiento voluntario en situación de necesidad y desigualdad no es más que sometimiento ante la falta de opciones de supervivencia.

María Eugenia Baldessari en su estudio sobre “*Maternidad por Subrogación y pobreza*”, hace una revisión crítica de justificaciones que pretenden legitimar la práctica

¹⁸⁴ Telemundo; “Todo lo que necesitas saber para tener un bebé con un vientre de alquiler”. Nota. Disponible en: <https://www.telemundo.com/shows/hoy-dia/familia/todo-lo-que-necesitas-saber-para-tener-un-bebe-con-un-ventre-de-alqui-rcna13329>

¹⁸⁵ Gestlife, “Precio gestación subrogada”. . [Consultado: 23 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/precio-gestaci%C3%B3n-subrogada-en-espa%C3%B1a.php#:~:text=El%20coste%20de%20una%20maternidad,subrogada%20es%20un%20proceso%20costoso.>

¹⁸⁶ SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 25, 2017, p. 6.

y que tergiversan la realidad en la mayoría de casos como por ejemplo la falta de conexión que se hace con pobreza multidimensional, la relación biológica y el apego emocional con la madre gestante¹⁸⁷. Y, hace referencia a la pobreza multidimensional como un modo de evaluar la pobreza no solo desde un enfoque puramente económico sino considerando los múltiples factores que la generan. Habría que hacer más investigación cualitativa y cuantitativa para caracterizar mejor a este colectivo.

Por ejemplo, en Estados Unidos se permite la gestación por sustitución y no es un país de renta baja, pero habría que ver si las mujeres que gestan son de este país, si por ejemplo son mujeres en situación de pobreza¹⁸⁸, o si enfrentan otra situación de vulnerabilidad como por ejemplo cuando se es migrante y en situación de pobreza. La falta de documentación en personas migrantes crea una "ilegalidad precaria" ampliamente tolerada, pero que deja a las personas en situación de vulnerabilidad y pobreza a la explotación de grupos más poderosos¹⁸⁹.

La mercantilización de los cuerpos de las mujeres en situación de pobreza es violencia institucional; desde aprobar leyes que permitan a agencias intermediarias hacer su nicho económico, hasta tolerar prácticas frente a la omisión de la criminalización. Estas prácticas ilegales categorizan a las mujeres; las categoriza entre las de primera categoría que tienen disponibilidad económica para cumplir sus deseos¹⁹⁰ sobre la explotación de otras mujeres, que encajan en una segunda categoría que a su vez las castiga por permanecer en una situación de constante vulnerabilidad y pobreza.

Otro aspecto importante, que lo explica muy bien Marta Albert en su estudio sobre la explotación reproductiva y los mitos de la subrogación altruista¹⁹¹ es que si se permite la gestación altruista, se produce un aumento de la demanda de madres gestantes, pero no necesariamente de la oferta. La investigadora menciona un ejemplo con el Reino Unido con la gestación por sustitución altruista, que en realidad surten dos efectos al mismo tiempo: uno, el altruismo de la maternidad subrogada resulta insuficiente para satisfacer la demanda. Pocas mujeres renuncian a su vientre si no es por una motivación económica provocada por la necesidad.; y, dos, que una vez que se convierte en una práctica lícita y entra en la órbita de lo "contratable", los demandantes del servicio buscan fuera del Reino

¹⁸⁷ Baldessari, María Eugenia; "Las caras invisibles de la pobreza: Maternidad por subrogación y pobreza". Universidad Austral. Pp. 327. Disponible en:

<https://www.teseopress.com/5congreso2018/chapter/304/>

¹⁸⁸ Velasco, Lourdes; "La industria de los vientres de alquiler sobrevive a la guerra en Ucrania"; Artículo publicado en febrero de 2022, muestra la realidad de una madre gestante en Ucrania durante el conflicto internacional y también al director de unas agencias intermediarias hablando con naturalidad; Disponible en: <https://efeminista.com/vientres-de-alquiler-ucrania-guerra/>

¹⁸⁹ Narayan, Deepa; Patel, Raj; Schafft, Kai; Rademacher, Anne; Koch-Schulte, Sarah; "Voices of the poor: can anyone hear us?"; pp103- Disponible en: <http://www.rrojasdatabank.info/voices/vol1.pdf>

¹⁹⁰ El País; "Derecho vs Deseo: los vientres de alquiler". YouTube, video. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=3ssLdzZrSY>

¹⁹¹ 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, XXVII 2017/2ª, pp. 177-197. Disponible en: https://www.academia.edu/43238396/La_explotacion_reproductiva_de_mujeres_y_el_mito_de_la_subrogacion_altruista20200602_69723_1cii368

Unido el foro donde encontrar condiciones más favorables para la contratación, tanto en términos económicos como de seguridad jurídica¹⁹².

Al carecer de opciones y recursos, las personas en situación de pobreza se ven obligadas a menudo a pedir ayuda a los mismos que los explotan¹⁹³. Ante tal situación, es necesario incluir a las mujeres y garantizar oportunidades que las dignifiquen y no que las releguen a la sombra de la exclusión y pobreza. Por ello los Estados deben de tener cuidado con la criminalización hacia las madres gestantes porque esto re victimizaría una vez más y no daría solución al problema de fondo. Los Estados deberían de invertir en el diagnóstico del problema y crear políticas públicas y medidas adecuadas que respondan a sus necesidades específicas. Mientras no se vean las raíces de los problemas, no servirá de nada la criminalización. Se debe atender la situación de las madres gestantes y la niñez en paralelo con la prohibición y criminalización del acto de aquellas personas naturales o jurídicas que estén explotando y lucrándose.

En Ucrania, la discriminación y exclusión de las mujeres en el mercado laboral y la pobreza femenina ha sido un constante llamado de atención desde Organizaciones internacionales y no gubernamentales de derechos humanos hacia los gobiernos de turno¹⁹⁴. Con el conflicto internacional, la situación de muchas mujeres ucranianas se ha visto agravado¹⁹⁵. Por lo tanto, las mujeres que se encuentran en una situación precaria de pobreza, no estarían decidiendo entrar libremente a gestar sino a someterse ante la realidad y las pocas oportunidades.

3.4.3 Gestación por sustitución desde la perspectiva de género

La perspectiva de género o visión de género “es una categoría analítica que toma los estudios que surgen desde las diferentes vertientes académicas de los feminismos para, desde esa plataforma teórica, cuestionar los estereotipos y elaborar nuevos contenidos que permitan incidir en el imaginario colectivo de una sociedad al servicio de la igualdad y la equidad”¹⁹⁶. La perspectiva de género reconoce que, “históricamente, las mujeres han tenido oportunidades desiguales en el acceso a la educación, la justicia y la salud, y aún

¹⁹² Albert, Marta; Solis, Manuel; “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, Teorías sobre la pobreza mundial reforma y pobreza de la economía mundial” Cuadernos de Bioética, XXVII 2017/2ª, pp. 177-197. Disponible en:

https://www.academia.edu/43238396/La_explotacio_In_reproductiva_de_mujeres_y_el_mito_de_la_subrogacion_In_altruista20200602_69723_1cii368 | <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/8446369.pdf>

¹⁹³ Narayan, Deepa; Patel, Raj; Schafft, Kai; Rademacher, Anne; Koch-Schulte, Sarah; “Voices of the poor: can anyone hear us?”; pp 41- Disponible en: <http://www.rrojasdatabank.info/voices/vol1.pdf>

¹⁹⁴ Human Rights Watch; “Discrimination Against Women in the Ukrainian Labor Force”; 2003. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2003/08/26/womens-work/discrimination-against-women-ukrainian-labor-force>

¹⁹⁵ Mykola M. Klemparskyi, Helena V. Pavlichenko, Roman Ye. Prokopiev, Leonid V. Mohilevskyi and Yuliia M. Burniagina “Gender inequality in the labour market of Ukraine Challenges for the future”. Disponible en: <https://www.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.13169/workorgalaboglob.16.2.0140>

¹⁹⁶ UNICEF; “*Perspectiva de género*”. pp. 14; Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org/argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf

hoy con mejores condiciones, según la región en la que habiten, sus posibilidades de desarrollo siguen siendo desparejas e inequitativas¹⁹⁷.

La gestación por sustitución, ha tomado espacio desde la perspectiva de género y no desde el enfoque de niñez; pero esto no significa que no sea importante, al contrario, es primordial abordarlo al mismo tiempo para entender la raíz de este problema y ver como muchas mujeres se someten a estas prácticas en situaciones de extrema vulnerabilidad.

Este enfoque es necesario desde ámbitos institucionales hasta comunicacionales. Unicef se ha pronunciado respecto de los medios de comunicación y dice que “los medios no son ajenos a este escenario y muchas veces lo alimentan a través de una visión romántica que invisibiliza que las consecuencias en la vida de las niñas son a corto y largo plazo y que en situación de pobreza la maternidad limitará las posibilidades de salir de ella”¹⁹⁸. El enfoque de género y de niñez se debe de abordar de forma integral.

Para identificar la situación de las mujeres en Ucrania es necesaria la aplicación de los lineamientos de la investigación cualitativa¹⁹⁹ y ver las condiciones axiológicas y jurídicas que viven, para relacionar la maternidad subrogada en Ucrania como una situación de género²⁰⁰. También, es importante adoptar esta perspectiva desde los tribunales y la creación de normativa y políticas públicas. Al no tomarlo en cuenta se re victimiza a muchas mujeres y se crea un sistema pensado por y para hombres, sin tomar en cuenta las necesidades diferenciadas y la interseccionalidad o múltiples desigualdades (género, clase y etnia)²⁰¹. Ejemplo de ello, es cuando se criminaliza en un sentido generalizado sin tomar en cuenta las características de la identificación de la responsabilidad penal.

Comparando las experiencias de los grupos, reconociendo las sociales y analizando la complejidad de los privilegios y la opresión que existen en determinados casos de gestación subrogada, podemos empezar a comprender por qué y cómo el género, raza, clase y otros factores sociales pueden influir en las experiencias de maternidad y familia²⁰². En vista de la situación que se expone en el presente trabajo, es necesario seguir enfocándolo también desde una perspectiva de género y no dejar de lado la perspectiva de niñez que en la gestación por sustitución comercial los menores siempre se verán en situación de desprotección.

¹⁹⁷ Ibídem pp 15.

¹⁹⁸ UNICEF; “*Perspectiva de género*”. Pp 23; Disponible en:
https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf

¹⁹⁹ García Pereañez, José Antonio; Ríos Martínez, Lina María; Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo “*Estudios actuales del derecho: la investigación como eje de transformación social*”; “*Maternidad subrogada en Colombia como una situación de género*”; pp. 10-15. Disponible en:
<https://americana.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2021/06/Libro-Completo-Estudios-actuales.pdf>

²⁰⁰ Idem

²⁰¹ Dillaway, Heather ; “*Mothers for others: a race, class, and gender analysis of surrogacy*”. International Journal of Sociology of the Family. Vol. 34, No. 2, Intersectional Analyses of Family for the 21st Century (Autumn 2008), pp. 301-326 pp 26. Published By: International Journals. Disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/23070756>

²⁰² Dillaway, Heather ; “*Mothers for others: a race, class, and gender analysis of surrogacy*”. International Journal of Sociology of the Family. Vol. 34, No. 2, Intersectional Analyses of Family for the 21st Century (Autumn 2008), pp. 304. Published By: International Journals. Disponible en:
<https://www.jstor.org/stable/23070756>

IV. CAPÍTULO IV

PROPUESTAS DE MEJORAS ENFOCADAS EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LA NIÑEZ A LA LUZ DE LOS DESAFÍOS PRESENTADOS POR LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Este capítulo desarrolla algunas propuestas de mejora en la aplicabilidad del Sistema de Protección Integral Internacional de la niñez cuyo objetivo es el de superar desafíos y emplear medidas de cambio con un enfoque de niñez y género desde diferentes espacios para prevenir, erradicar, y condenar la venta de niños y niñas en la gestación por sustitución.

4.1 Los Estados y su compromiso en el cumplimiento del contenido de los Tratados internacionales y el control de convencionalidad sobre los derechos de la niñez en la tipificación de la venta de niños en la normativa interna

Las actuaciones de los Estados frente al cumplimiento de previos compromisos internacionales, como el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño y los protocolos adicionales son de fundamental importancia. La carga del compromiso vinculante en relación a la garantía, respeto y protección de los principios y derechos de la niñez no se circunscribe a firmar tratados internacionales y ratificarlos, sino a interpretar, aplicar e implementar su contenido.

La implementación y garantía de los derechos de la niñez se debe reflejar en los tres poderes de los Estados; en las instituciones gubernamentales, tribunales, y legislación de la normativa interna en consonancia con la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos de la Infancia. Por ello, es importante que se tipifique la venta de niños y niñas en el derecho penal interno de conformidad al Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la Pornografía en relación a los artículos 1, 11, 21, 32, 33, 34, 35 y 36 de la CDN.

Para hacer efectivo estos derechos, la interpretación de la norma y las decisiones en casos de gestación por sustitución, deben de tomarse bajo un enfoque de niñez y género. Por ejemplo, contar con expertos peritos en materia de niñez y enfoque de género si los tribunales no son especializados en dichas materias para aplicar la norma caso por caso.

Un aspecto importante a tomar en cuenta es el control de convencionalidad²⁰³ como principio fundamental en la relación entre en los tribunales regionales²⁰⁴ e internacionales de derechos humanos, el Comité de los Derechos del Niño como órgano experto, y los Estados para la interpretación de las normas en materia de niñez. La Corte Interamericana ha “exhortado en múltiples ocasiones a las autoridades de los Estados americanos a aplicar un control de convencionalidad, con la finalidad de que realice un análisis entre los actos y normas internas y los principios y derechos humanos consagrados en los instrumentos internacionales celebrados por ellos mismos”²⁰⁵.

A pesar de no haber resoluciones internacionales que versen sobre la constatación explícita de la venta de niños en la gestación por sustitución comercial como un crimen internacional, los Estados pueden tomar un rol activo y preventivo sobre la tipificación de la venta y aplicarlo a la gestación por sustitución comercial para cumplir con estándares internacionales y nacionales sobre los derechos de la niñez. A su vez, aquellos Estados que si lo prohíben y tipifican, frente a demandas ante tribunales internacionales pueden alegar la aplicación de los contra límites cuando estén cumpliendo con otros Tratados universales en materia de derechos humanos que protegen a la niñez de forma más integral que tratados regionales. Estas alegaciones no deben de fundarse en el orden público sino en el interés superior de la niñez, el principio de idoneidad y la enfática negativa frente al crimen internacional de venta.

Los Estados deben actuar de forma receptiva con relación a la aplicación del control de convencionalidad, a la criminalización de la venta de niños y niñas para relacionarla con la gestación por sustitución comercial y de esta forma poder cumplir con compromisos internacionales y nacionales en materia de protección de la niñez.

Ejemplo de ello ha sido la adopción del Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁰⁶ sobre el mecanismo de opiniones consultivas del TEDH y la recepción de los fundamentos jurídicos de los tribunales internos. El uso efectivo del Protocolo 16 en el contexto europeo a propósito de aspectos relacionados con la gestación por sustitución y a los derechos humanos es de gran importancia por su impacto a través del control de convencionalidad; “en Italia se tomó en cuenta la opinión consultiva n.º 1 dictada con relación a Francia el 1 de abril de 2019, considerándola la Corte de Casación italiana en su Sentencia n.º 12193 de 8 de mayo de 2019 como argumento decisorio, así como la Corte Constitucional italiana en su Sentencia n.º 33 de 10 de marzo de 2021”²⁰⁷.

²⁰³ Jimena Quesada, Luis; “*Jurisdicción nacional y control de convencionalidad a propósito del diálogo judicial y de la tutela multinivel de derechos*”. DE, ESPAÑA, ARANZADI, 2013. Ciencia jurídica, ISSN 2007-3577, Vol. 3, Nº. 5, 2014, págs. 141-142. Disponible en:

<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5147397.pdf>

²⁰⁴ Camarillo Govea, Laura Alicia; Rosas Rábago, Elizabeth Nataly; “*El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos*”; pp. 4

Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf>

²⁰⁵ Camarillo Govea, Laura Alicia ; Rosas Rábago, Elizabeth Nataly ; “*El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos*”; pp4

Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf>

²⁰⁶ Ver Anexo I, Entrevista II, pregunta 5 y 6 al Dr. Luis Jimena Quesada.

²⁰⁷ Tomás Mallén, Beatriz: “*La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España*”, Lo mismo ha sucedido en España, como ha demostrado la reciente STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 277/2022 de 31 de marzo de 2022. consecuencia, asume en la ratio decidendi la opinión consultiva del TEDH, que lógicamente cita de manera explícita, así

Al respecto, la Sala de lo Civil en España hizo también uso efectivo del Protocolo 16 al CEDH:

tras reafirmar en el Fundamento de Derecho tercero que «la gestación por sustitución comercial vulnera gravemente los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en los convenios internacionales sobre derechos humanos», el Fundamento de Derecho cuarto enfoca la controversia desde «la protección del interés superior del menor nacido por gestación por sustitución» y, recordando su previa STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 835/2013 de 6 de febrero de 2014 en la que asumió la jurisprudencia contenciosa del TEDH (con cita de la Sentencia Paradiso y Campanelli c. Italia de 24 de enero de 2017)²⁰⁸.

El protocolo 16 al CEDH posee un mecanismo importante de protección de los Derechos humanos en la región europea. Una de las propuestas del Dr. Luis Jimena y otros juristas²⁰⁹, es la adopción de un protocolo interamericano inspirado en el contenido del protocolo 16 al CEDH; su propuesta consiste en la adopción de un mecanismo de consulta para que los tribunales nacionales, especialmente los Tribunales Constitucionales puedan acceder ante la Corte IDH, para la interpretación de la CADH²¹⁰. Este mecanismo evitaría colisiones entre canon de constitucionalidad y canon de convencionalidad²¹¹ para alcanzar una solución judicial americana y americanizada. La Corte IDH “cuenta con más experiencia en el ejercicio de la competencia consultiva que el TEDH y, por tanto, se trata de adoptar un Protocolo similar al n.º 16 para que la jurisdicción interamericana siga explotando esa experiencia en la consecución del ius constitutionale commune interamericano”²¹². El enfoque de la interpretación iría en torno a la protección efectiva de los derechos humanos en las regiones, a prevenir más violaciones de derechos humanos y agilizar los procesos de justicia para que no haya una re victimización.

como la jurisprudencia previa del TEDH en los casos contenciosos en la materia”. Estudios de Deusto, Vol. 70, Nº. 1, 2022, pp. 387-420. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/ed.2506>

²⁰⁸ Idem

²⁰⁹ Tomás Mallén, Beatriz: “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”, Lo mismo ha sucedido en España, como ha demostrado la reciente STS (Sala de lo Civil, Pleno) n.º 277/2022 de 31 de marzo de 2022. consecuencia, asume en la ratio decidendi la opinión consultiva del TEDH, que lógicamente cita de manera explícita, así como la jurisprudencia previa del TEDH en los casos contenciosos en la materia”. Estudios de Deusto, Vol. 70, Nº. 1, 2022, pp. 387-420. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/ed.2506>

²¹⁰ Jimena Quesada, Luis; “Control de convencionalidad y contralímites”, Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata, n.º 2, 2021, p. 15. Disponible en: https://issuu.com/cidiir/docs/revista_plural_academia_n_mero_segundo

²¹¹ Ferrer MacGregor, Eduardo. “El control de convencionalidad como un vehículo para el diálogo judicial entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los tribunales de América”. Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, pp. 337. (2016). Disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/32793/29758>

²¹² Tomás Mallén, Beatriz: “La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”; Estudios de Deusto, Vol. 70, Nº. 1, 2022, pp. 387-420. Disponible en: <https://doi.org/10.18543/ed.2506>

4.2 Compromiso de los Estados en la implementación de políticas públicas encaminadas en la inclusión y garantía de los derechos de mujeres en situación de pobreza

El compromiso de los Estados respecto de los derechos de la niñez y de las mujeres tiene un impacto trascendental en el desarrollo integral de ambos como sujetos de derechos. El círculo de pobreza y exclusión que enfrentan muchas niñas y mujeres en la actualidad debe romperse, y es deber de los Estados garantizar condiciones mínimas e implementar recursos humanos y económicos necesarios para llevar una vida digna.

La psicóloga Alejandra Aspillaga, quien reafirma la importancia de las mamás en la vida de los niños y niñas expresa que “es la persona que está más cerca para acompañarnos a través de toda la trayectoria vital”²¹³. Tener en cuenta el enfoque de niñez implica a su vez, velar por la integridad personal de las madres. En la gestación por sustitución comercial, las madres gestantes en su mayoría y de conformidad a la información disponible, se encuentran en situación de vulnerabilidad frente a la pobreza. La precarización no debe de abordarse desde oportunidades que impliquen el sometimiento, mucho menos instrumentalizarlo como algo positivo.

La implementación de políticas públicas debe de enfocarse en las necesidades específicas de las mujeres en cada Estado y para ello es necesario invertir en la formulación de proyectos de investigación cualitativa y cuantitativa para poder identificar a colectivos en situación de vulnerabilidad. Posteriormente, darle seguimiento a políticas públicas multidisciplinarias e integrales en materia de educación, alimentación, vivienda (infraestructura), salud física y mental, acceso a oportunidades de trabajo digno con el apoyo de expertos en la implementación de programas y proyectos especializados. Para concluir, se deben implementar mecanismos de evaluación y monitoreo de indicadores previamente establecidos para cumplir con los objetivos y garantizar los resultados.

Las políticas públicas enfocadas en mujeres en situación de pobreza ayudarían a prevenir no solo el sometimiento a trabajos indignos sino a no estar expuestas a la explotación y exposición de niños y niñas en la venta en la gestación por sustitución comercial. Los Estados pueden solicitar apoyo en materia de cooperación al desarrollo de ser necesario, no puede servir de excusa el no contar con recursos suficientes sobre todo cuando se debe de priorizar a nivel internacional el cumplimiento de los ODS, en este caso el ODS 5 sobre la brecha de género y el 10 sobre reducción de las desigualdades²¹⁴. Se debe de priorizar a nivel doméstico como internacional.

²¹³ Unicef Chile; “El rol de las madres en la vida de los niños, niñas y adolescentes”; Artículo, 9 de mayo de 2022; Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/historias/el-rol-de-las-madres-en-la-vida-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>

²¹⁴ ONU Mujeres; “Las mujeres y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)””; Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-and-the-sdgs>.

4.3 Los Estados y su compromiso en la implementación de políticas públicas encaminadas en campañas de concientización respecto de los derechos de la niñez.

La implementación de políticas públicas también debe de ir dirigida a la socialización de los derechos de la niñez y de la adolescencia a la población en general desde una aproximación estructural. El compromiso de los Estados también es socializar la información de forma amigable o familiar para la población en general y evitar usar tantos tecnicismos en el lenguaje. Entre las políticas públicas a implementar se pueden considerar las siguientes propuestas:

- I. Reformas a los planes de estudios en los Sistemas Educativos en la materia de Ciencias Sociales desde temprana edad y acorde a su autonomía progresiva con el objetivo de socializar los derechos de la niñez. A su vez, socializarlos en las escuelas de padres de instituciones educativas.
- II. Implementar campañas de concientización en instituciones privadas y públicas sobre el enfoque de niñez y sus derechos, por lo menos una vez al año.
- III. Aplicación del enfoque integral de la infancia desde todos los ámbitos, públicos y privados.
- IV. Exigir políticas administrativas internas de respeto a los derechos de la niñez para la configuración de personerías jurídicas y actores privados nacionales e internacionales.
- V. Fomento de la adopción responsable: La política debería fomentar la adopción responsable como una alternativa a la subrogación comercial, estableciendo medidas para garantizar la protección de los derechos de los niños y niñas adoptados y de las madres biológicas, incluyendo la provisión de servicios de apoyo y orientación a las madres biológicas que deseen dar a sus hijos e hijas en adopción.
- VI. Socializar los procedimientos legales y administrativos del Sistema de Adopciones nacionales y la importancia del principio de idoneidad para garantizar los derechos de la niñez.
- VII. Generar indicadores de cumplimiento y de impacto respecto de las políticas públicas a implementar y evaluar a mediano y largo plazo.
- VIII. Crear un fondo nacional para la niñez y la adolescencia para situaciones de emergencia y reparaciones cuando los infractores no tengan la capacidad de cumplir dictámenes judiciales como medidas de satisfacción.
- IX. Publicación del contenido sustancial de resoluciones judiciales sobre derechos de la niñez.
- X. Traducción, publicación y socialización de tratados internacionales, opiniones consultivas e informes temáticos de Organismos expertos en materia de niñez.
- XI. Crear una política exterior de cooperación internacional en materia de niñez y promover la cooperación para la formulación y financiación de programas con proyectos dirigidos a la investigación en materia de derechos de la niñez y gestación por sustitución. En esta política se debería establecer la necesidad de cooperación internacional para garantizar la protección de los derechos de los niños y niñas en situación de extrema pobreza o vulnerabilidad, incluyendo la

- cooperación con otros organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil, y el intercambio de buenas prácticas y experiencias.
- XII. Publicidad, traducción y socialización de los mecanismos de protección subsidiarios regionales y universales a organizaciones no gubernamentales, defensores de derechos humanos y sociedad civil organizada a través de los Estados y Organizaciones Internacionales

4.4 Aplicación del margen de apreciación nacional y los contra límites en Tribunales internacionales especializados en Derechos Humanos.

La aplicación del margen de apreciación nacional como instrumento en la interpretación al CEDH no tiene un origen explícito en el mismo convenio, sino en la adopción del Protocolo 15 al Convenio europeo de Derechos Humanos²¹⁵. Este Protocolo funge como respuesta de los Estados ante el ejercicio del TEDH, con el objetivo de modificar el procedimiento y otras cuestiones del funcionamiento del TEDH, entre ellos, la subsidiariedad y el margen de aplicación²¹⁶.

“El margen de apreciación nacional se basa en la idea de proporcionalidad para que no se intervenga más allá de lo preciso en conexión con la subsidiariedad; únicamente cuando los Estados no hayan aportado un remedio”²¹⁷. Una de las críticas al margen de apreciación es que se puede generar inseguridad jurídica al ser de naturaleza discrecional, no hay un parámetro en sí, la llamada doctrina del margen de apreciación nacional “vale para casi todo: para una cosa y su contraria. Incluso, se mantiene como motivación de algunas sentencias, pero conduce al resultado opuesto del que debería ser el lógico: un control europeo menos intenso en virtud del mayor margen nacional en la decisión que el Tribunal dice reconocer”²¹⁸.

Otra crítica al margen de apreciación nacional es que a menudo responde acorde a “una actitud judicial de deferencia hacia las autoridades internas, al estar ubicadas en una mejor sede para el enjuiciamiento de ciertos conflictos de intereses y responder democráticamente ante su electorado”²¹⁹. Por tal motivo, estudiosos del margen de apreciación nacional instan a resolver convencionalmente en qué ocasiones el TEDH

²¹⁵ García Roca, Javier: “*Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión*”, Revista Integración Regional & Derechos Humanos, Vol. 7, Nº 2, 2019, pp. 90-130

²¹⁶ Institut de Drets Humans de Catalunya; “El Protocolo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos entrará en vigor en agosto: Modificaciones en el procedimiento y en otras cuestiones de funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Ver Anexo I, Entrevista II, preguntas 2-4 al Dr. Luis Jimena. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/actualidad/el-protocolo-15-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos-entrara-en-vigor-en-agosto.php>

²¹⁷ Ver Anexo I, Entrevista II, preguntas 2-4 al Dr. Luis Jimena Quesada.

²¹⁸ García Roca, Javier; “*La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*”, Teoría y realidad constitucional, Nº 20, 2007, pp. 141.

²¹⁹ García Roca, Javier; “*La muy discrecional doctrina del margen de apreciación nacional según el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: soberanía e integración*”, Teoría y realidad constitucional, Nº 20, 2007, pp. 142.

“debe auto contenerse y en cuáles, por el contrario, puede armonizar un entendimiento cultural común de los derechos de los europeos y avanzar sin temor en su integración”²²⁰.

El TEDH ha ido reduciendo el margen de apreciación nacional²²¹ en los casos sobre gestación por sustitución al invocar el interés superior de la niñez. Empero, el concepto en sí de esta figura aplicada a la interpretación al CEDH suele darle una ventaja a los Estados que no se funda en los derechos humanos per se, sino en la soberanía, orden público y subsidiariedad, que no necesariamente se adaptará a estándares universales de derechos humanos como indicador. Sería interesante ver un caso ante el TEDH en donde el Estado demandado regule de forma positiva la gestación por sustitución y como este aplica e interpreta el margen de apreciación nacional, sin embargo, la mera invocación al Tribunal, desde la perspectiva de los colectivos en situación de vulnerabilidad, su acceso tiene mayores dificultades por aspectos económicos y sociales.

Mencionado lo anterior, una propuesta más efectiva que ha ido progresando y que compatibiliza más con la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos humanos es la aplicación de la teoría de los contra límites al CEDH. Los contra límites tienen su origen expreso en el auto 24/2017 del caso “Taricco” en la que se halla un claro precedente de 1989²²², por la Corte constitucional italiana de hace casi treinta y seis años²²³.

Durante mucho tiempo esta teoría fue considerada “una suerte de declaración de las Cortes constitucionales para poner de manifiesto su propia competencia en la defensa de los principios básicos del ordenamiento nacional, antes que un instrumento al que recurrir en un momento concreto”²²⁴. Este precedente versó sobre una contradicción entre los principios supremos del Derecho Estatal y una normativa de la Unión europea sobre una decisión del Tribunal de Luxemburgo. La cuestión de constitucionalidad presentada por jueces italianos ordinarios ante el Tribunal Constitucional italiano sobre la decisión del TJUE dio lugar a la primera expresión de los contra límites sobre el problema de una eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables por parte de una disposición del que, en aquel entonces, era el art. 177 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea (TCEE)²²⁵. Las dudas se volcaban al contrastar esta

²²⁰ *Ibidem*, pp. 143

²²¹ Ver Anexo I, Entrevista II, preguntas 2 y 3 al Dr. Luis Jimena Quesada.

²²² Sentencia de la Corte constitucional italiana de 21 de abril de 1989, núm. 232

²²³ Romboli, Silvia; “*Los contra-límites en serio*” y *el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana*”; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional; “Revista de Derecho Constitucional Europeo”; pp. 147. ReDCE. Año 14. Núm. 28. Julio-Diciembre/2017. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/PDFs/ReDCE_28.pdf

²²⁴ Romboli, Silvia; “*Los contra-límites en serio*” y *el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana*”; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional; “Revista de Derecho Constitucional Europeo”; pp. 147. ReDCE. Año 14. Núm. 28. Julio-Diciembre/2017. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/PDFs/ReDCE_28.pdf

²²⁵ Romboli, Silvia; “*Los contra-límites en serio*” y *el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana*”; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional; “Revista de Derecho Constitucional Europeo”; pp. 148. ReDCE. Año 14. Núm. 28. Julio-Diciembre/2017. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/PDFs/ReDCE_28.pdf

disposición con la protección del derecho a la tutela judicial efectiva, en particular con el derecho de defenderse en juicio, consagrada en el art. 24 de la Constitución italiana.

La Corte Constitucional italiana expresó “de manera inequívoca su propia competencia para juzgar la eventual violación de los principios supremos y de los derechos inviolables por parte del Derecho comunitario”²²⁶; por consiguiente “afirmó con firmeza la naturaleza de derecho fundamental del derecho de defensa como patrimonio inviolable y principio fundamental del ordenamiento italiano”²²⁷.

Otro acercamiento a la aplicación de los contra límites fue en una incoación ante tribunales ordinarios italianos contra la República Federal de Alemania²²⁸ en la que tres ciudadanos italianos pedían una indemnización por daños causados durante la Segunda Guerra mundial por detenciones arbitrarias y deportaciones de las fuerzas militares nazis. La pretensión dio lugar a la inmunidad de la jurisdicción civil de los Estados en relación a los actos considerados “Iure Imperii”²²⁹, es decir, en ejercicio de su potestad soberana de conformidad a la sentencia del 3 de febrero de 2012 por la CIJ. El Estado alemán argumentó cuestiones idénticas de legitimidad constitucional respecto de la aludida sentencia de la CIJ para oponer la jurisdicción de los jueces italianos. Sin embargo, los jueces italianos lo elevan en su momento a la Corte Constitucional y la Corte aplica los contra - límites y los justifica sobre la base del “control constitucional, los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y con los derechos inalienables de la persona humana”²³⁰.

La Corte Constitucional italiana concluyó que se contradecía el derecho de defensa dirigido a la tutela de los derechos fundamentales de la persona; Además, declaró inconstitucional la obligación de que el juez italiano se adecuase a la Sentencia de 3 de febrero de la CIJ, que le habría impuesto la negación de su jurisdicción en el enjuiciamiento de actos de un Estado extranjero que representen crímenes de guerra y contra la humanidad, lesivos de los derechos inviolables de la persona.

La Corte Constitucional italiana ha proporcionado suficiente bagaje para considerar que la teoría de la aplicación de los contra límites se ha apegado más a la aplicación y garantía de derechos fundamentales y humanos. Las Cortes Constitucionales de los Estados pueden aplicar los contra límites fundamentándose en los derechos fundamentales y humanos cuando la interpretación de las Cortes internacionales universales o regionales no hayan extendido su alcance en detrimento de los derechos de

²²⁶ Romboli, Silvia; “*Los contra-límites en serio*” y el caso *Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana*”; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional; “Revista de Derecho Constitucional Europeo; pp. 148. ReDCE. Año 14. Núm. 28. Julio-Diciembre/2017. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/PDFs/ReDCE_28.pdf

²²⁷ Idem

²²⁸ Ibídem; pp. 150; Sentencia de la Corte constitucional de 22 de octubre de 2014, núm. 238.

²²⁹ CIJ; Dipublico.org Derecho Internacional; “*Inmunidades jurisdiccionales del estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*”; Fallo de 3 de febrero de 2012 Disponible en: <https://www.dipublico.org/117428/inmunidades-jurisdiccionales-del-estado-alemania-contra-italia-intervencion-de-grecia-fallo-de-3-de-febrero-de-2012/>

²³⁰ CIJ; Dipublico.org Derecho Internacional; “*Inmunidades jurisdiccionales del estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia)*”; Fallo de 3 de febrero de 2012 Disponible en: <https://www.dipublico.org/117428/inmunidades-jurisdiccionales-del-estado-alemania-contra-italia-intervencion-de-grecia-fallo-de-3-de-febrero-de-2012/>

las personas. Los contra límites se aplican cuando los estándares de los Estados son más altos de lo que podría cubrirse en un Tribunal regional²³¹.

En la gestación por sustitución por ejemplo, cuando los Estados prohíben una conducta como lo es la venta de niños o están comprometidos con estándares universales, sus Cortes Constitucionales o el Ejecutivo pueden aplicar estos contra límites fundándose en el interés superior de la niñez. Al aplicar este principio y derecho se deben emplear medidas apropiadas que tienen mayor alcance que el CEDH cuando es en detrimento de sus derechos, o cuando aún no hay precedentes. Los tribunales también podrían extenderse y considerar a la hora de interpretar e identificar si existe o no responsabilidad internacional, con el objeto de tener como eje central a la niñez y sus derechos humanos.

Por un lado, la teoría de los contra límites puede ir evolucionando y aplicándose a los casos cuya materia sea de Derechos Humanos; en virtud de su origen, fundamentos y aplicación, los Tribunales regionales, Cortes Constitucionales y Estados podrían tomar en cuenta que la teoría de los contra límites es apegado a la finalidad de la protección, respeto y garantía de los derechos humanos. Por otro lado, el margen de apreciación no tiene un sustento objetivo en función de los derechos humanos sino en la soberanía, por ello es importante ir reduciendo el margen de apreciación cuando es en detrimento de los derechos humanos. Asimismo, el control de convencionalidad juega un papel primordial, sobre todo en mecanismos de consultas para evitar presagios y configuraciones de violaciones de los derechos humanos; simultáneamente, se compagina con la aplicación de los contra límites, más que con el margen de apreciación nacional. La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos debería de ser caso por caso acorde al “principio Pro Persona como principio hermenéutico y fundamental para la protección efectiva de las personas”²³².

4.5. Comentarios sobre la renovación y modificación de la Política de Infancia ("Policy Children 2016") de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, en respuesta a la convocatoria pública para consulta y participación ciudadana.

El Fiscal de la Corte Penal Internacional, Sr. Karim A.A. Khan KC, se complació en anunciar una convocatoria pública de propuestas de cambios para desarrollar y renovar

²³¹ Ver Anexo I, Entrevista II, pregunta 12 al Dr. Luis Jimena Quesada.

²³² Pinto, Mónica; *“El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”*, en Martín Abregú y Christian Curtis (comps.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997 (las cursivas son de la autora). Mónica Pinto propone una nueva definición del El principio Pro Persona como “un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor de las personas”. Pp. 19; Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37507.pdf>

la Política de Infancia de 2016²³³ en la Fiscalía de la Corte Penal Internacional²³⁴. Este llamado específico hecho por el Fiscal de la CPI es con el objeto de consultar públicamente sobre el desarrollo y modificación de la política de infancia ("policy children") en relación a los crímenes contra la infancia.

La consulta pública es una herramienta esencial para desarrollar políticas inclusivas y participativas que reflejen las necesidades y perspectivas de los grupos y comunidades afectados. En el contexto de las políticas de infancia, la consulta pública puede involucrar a niños, niñas, jóvenes, padres, cuidadores y otros actores relevantes para garantizar que las políticas sean sensibles a sus necesidades y derechos.

Al involucrar a los interesados y a la sociedad civil en el proceso de desarrollo y modificación de políticas, se pueden identificar los problemas más apremiantes que enfrentan los niños y niñas y se pueden generar soluciones más efectivas y sostenibles. Además, la consulta pública puede contribuir a aumentar la transparencia y la rendición de cuentas en la toma de decisiones, así como a mejorar la aceptación y la implementación de las políticas.

Una política de infancia en la Oficina de un Fiscal de un Tribunal Internacional es elemental para la protección de los derechos de la niñez a través de principios y prácticas que buscan proteger y promover los derechos y el bienestar de los niños y niñas en el contexto de las investigaciones y procesos penales llevados a cabo por la oficina del procurador. La Política de Infancia de 2016 de la Oficina del Fiscal de la CPI contiene elementos importantes a tomar en cuenta en las cuestiones preliminares, en la fase de investigación, en la sentencia y en las reparaciones, tomando en cuenta la necesidad de contar con expertos en la materia de niñez desde un enfoque integral y multidisciplinar.

En este sentido, con el objetivo de contribuir en el desarrollo de la política de infancia de la oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional, se desarrollará una breve retroalimentación del presente trabajo y se expondrá una serie de propuestas de mejora en relación a la protección de los derechos de la niñez gestada por sustitución en un contexto de conflicto internacional.

A raíz del Conflicto Internacional entre Rusia y Ucrania, los niños gestados por sustitución en territorio ucraniano se han visto expuestos a una situación de extrema vulnerabilidad. La gestación por sustitución comercial es una práctica que se ha ido desarrollando a medida han ido la evolucionando las nuevas tecnologías de reproducción asistida. Esta práctica transgrede los derechos de la niñez de conformidad a la Convención sobre los Derechos del Niño y el Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. La gestación por sustitución comercial está legalizada de forma positiva en Ucrania y por lo tanto entra en la configuración del crimen internacional de venta, debido a que la niñez es vista como un objeto de intercambio comercial y no se garantiza el principio de idoneidad bajo una tutela efectiva del Estado que no le da seguimiento.

²³³ICC; "Policy on Children"; Noviembre, 2016; Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Eng.PDF

²³⁴ ICC; "The Office of the Prosecutor launches public consultation to renew the policy paper on crimes against or affecting children". Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-renew-policy-paper-crimes-against-or-affecting>

Al encontrarse en una situación de extrema vulnerabilidad en un conflicto internacional, el permanecer en un panorama de hostilidad y no contar con el normal funcionamiento de las instituciones nacionales, la niñez gestada por sustitución podría enfrentar abducciones, tráfico, o trata de personas; estas situaciones de podrían dar debido al difícil acceso al registro nacional para garantizarle un nombre y una nacionalidad que paralelamente abre la puerta a otros derechos fundamentales y humanos como el derecho a preservar su identidad.

Los contextos de conflicto también pueden dar lugar al aprovechamiento de organizaciones criminales para la deslocalización de este colectivo de la primera infancia. A este respecto, los riesgos que enfrenta los expone a ser víctimas de delitos de lesa humanidad de conformidad al artículo 7 del Estatuto de Roma. La normalización de esta práctica también motiva al desinterés sobre este colectivo e invisibiliza el potencial riesgo en el que se encuentran.

Expuesto el presente trabajo de investigación y el sub apartado, se presentan algunas propuestas para agregar a la política de infancia de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional en relación a la niñez gestada por sustitución en un conflicto internacional:

- A. *Incluir una definición clara de la niñez gestada por sustitución en el contexto del conflicto internacional:* La política de infancia debería incluir una definición clara de la niñez y cómo se ve afectada en un conflicto internacional. De esta manera, se puede garantizar que todas las partes involucradas comprendan la situación y los desafíos que enfrentan los niños y niñas gestados por sustitución en una situación de extrema vulnerabilidad y a la cual hay que prestarle especial atención.
- B. *Identificación temprana y protección:* La política de infancia debería establecer medidas específicas de localización temprana para identificar y proteger a los niños y niñas gestados por sustitución en un conflicto internacional a través del Programa de Protección de la CPI. Estas medidas deberían incluir garantizar un registro, la provisión de asistencia médica especializada, la posibilidad de reunirse con las madres gestantes y la garantía de su integridad física y psicológica.
- C. *Cooperación con otras organizaciones y agencias:* La política de infancia debería establecer la necesidad de establecer alianzas con otras organizaciones y agencias relevantes para garantizar una respuesta coordinada y efectiva en situaciones de conflicto internacional que afecten a la niñez gestada por sustitución. Estas alianzas pueden incluir organismos de protección infantil, agencias de asistencia humanitaria y organizaciones de derechos humanos.
- D. *Inclusión de una definición sobre las nuevas tecnologías de reproducción asistida:* La política de infancia debería tomar en cuenta las nuevas tecnologías de reproducción asistida y las implicaciones que pueden tener en la niñez gestada por sustitución comercial en un conflicto internacional. Esto tomando en cuenta cuestiones como la identidad y, el acceso a la información sobre su origen genético y la garantía de su derecho a la integridad personal. Es importante integrar las nuevas tecnologías de reproducción asistida en la política de infancia, con el fin de estar pendientes de los avances tecnológicos y las implicaciones que tienen para la protección y garantía de los derechos de la niñez gestada por sustitución en el contexto del conflicto internacional.

- E. *Perspectiva de niñez y parámetros internacionales de derechos de la niñez*: La política de infancia debería estar enfocada en incluir la garantía en la protección y el bienestar de los niños y niñas gestados por sustitución en un conflicto internacional, tomando en cuenta las perspectivas y los derechos de la niñez. Esto implica garantizar que se respeten los parámetros internacionales de derechos de la niñez y que se tomen en cuenta sus necesidades y preferencias en todas las fases del proceso penal internacional, incluyendo la fase de cuestiones preliminares, investigación, desarrollo del proceso, configuraciones de delitos de lesa humanidad, las sentencias y las reparaciones.
- F. *Promover la sensibilización y conciencia sobre el riesgo expuesto en la niñez gestada por sustitución en el contexto de conflictos internacionales*: La política de infancia debería incluir un enfoque que promueva la sensibilización y conciencia sobre la niñez gestada por sustitución en el contexto del conflicto internacional y el crimen internacional de venta con el fin de prevenir la invisibilización de este grupo en situación de vulnerabilidad.
- G. *Protección de las madres gestantes*: La política de infancia debería establecer medidas específicas para localizar y proteger a las madres gestantes en situación de extrema pobreza o vulnerabilidad, y la prohibición de la explotación en el contexto de la gestación por sustitución comercial durante el conflicto internacional.
- H. *Establecimiento de estándares de registro*: La política de infancia debería establecer estándares claros y efectivos para el registro de los niños y niñas subrogados, incluyendo la identificación de las empresas intermediarias y las madres gestantes, garantizando que el registro sea accesible para los niños y niñas durante un proceso penal internacional, para efectos de su localización y posterior registro efectivo nacional.
- I. *Prohibición de la subrogación comercial*: La política de infancia debería establecer la prohibición de la subrogación comercial, ya que esta práctica puede conducir a la explotación de las madres gestantes en situación de extrema pobreza o vulnerabilidad y a la comercialización de los niños y niñas en contextos de paz y de conflictos.

Es esencial que en la importante labor e iniciativa de la Oficina del Fiscal de la Corte Penal Internacional se tomen en cuenta las propuestas de mejora presentadas para su política de infancia, especialmente en relación a la protección de los derechos de la niñez gestada por sustitución y las madres gestantes en situación de extrema pobreza o vulnerabilidad. Es importante que se asegure de que los procesos en sede internacional se ajusten a los convenios internacionales en materia de protección de la niñez y se aborden adecuadamente los desafíos planteados por el auge de las nuevas tecnologías de reproducción asistida. Al tomar medidas efectivas para proteger a la niñez a través de su política de infancia, la Corte Penal Internacional puede promover y contribuir a la localización de este colectivo de la primera infancia y prevenir más violaciones en un contexto de conflicto.

V. CONCLUSIONES

En el transcurso de esta investigación, se han alcanzado satisfactoriamente los objetivos planteados en cuanto a la identificación de la situación jurídica y de derechos humanos que enfrenta la niñez gestada por sustitución en el contexto del conflicto internacional de Ucrania con base en información disponible y fidedigna.

En primer lugar, se ha identificado con precisión las principales leyes que rigen la gestación por sustitución en Ucrania, y se ha evidenciado la falta de estándares internacionales que aborden específicamente la problemática de la gestación por sustitución comercial como tal. En segundo lugar, se ha realizado un análisis exhaustivo de los derechos humanos que se ven comprometidos para los niños nacidos por sustitución, así como de las implicaciones legales que pueden enfrentar en su lucha por obtener el reconocimiento y protección que merecen.

También se han llevado a cabo entrevistas con expertos en el tema, expertos que trabajan en la protección de los derechos de los niños en contextos nacionales como internacionales. Esto ha permitido obtener información valiosa sobre los mecanismos de protección nacionales e internacionales y de la situación jurídica internacional de los niños nacidos por sustitución y las principales barreras que enfrentan en su lucha por obtener una protección legal adecuada al no aplicarse el principio de idoneidad.

A través del análisis de la información recolectada y de las entrevistas realizadas, se identificaron varias áreas donde se necesitan mejoras significativas en la protección integral de la niñez nacida por sustitución; a su vez, se pudo identificar como se ve agravada la situación previa de vulnerabilidad durante conflictos internacionales como el de Ucrania. Estas mejoras incluyen la necesidad de criminalizar la venta de la niñez en los marcos jurídicos nacionales para cumplir con estándares internacionales, crear e implementar políticas públicas nacionales dirigidas a la niñez y a mujeres en situación de vulnerabilidad y pobreza, tutelar de forma efectiva los derechos de los niños con el objeto de fortalecer los sistemas de protección infantil existentes y la necesidad de una mayor cooperación internacional para abordar la cuestión de la gestación por sustitución en el contexto de los conflictos internacionales.

A continuación se presentan los hallazgos arrojados por este Trabajo de Fin de Master:

Primera

La gestación por sustitución comercial es una práctica legal en algunos países como Ucrania, sin embargo es incompatible con la normativa internacional sobre los derechos de la niñez. La incompatibilidad se evidencia especialmente en lo que se refiere al reconocimiento como un sujeto de derecho y no como un objeto comerciable en la gestación por sustitución; A su vez, enfrenta desafíos al no garantizarse la preservación de su identidad y a poder pertenecer a una familia de conformidad al principio de idoneidad.

Aunque existen recomendaciones desde las agencias expertas en infancia de las Naciones Unidas sobre el cumplimiento en la aplicación de la “Convención sobre los Derechos del Niño” y al “Protocolo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y

la utilización de niños en la pornografía”, es necesario que los Estados cumplan con los compromisos internacionales en materia de niñez a través de su normativa interna o aplicando los tratados internacionales. La protección de los derechos de los niños gestados por sustitución requiere de un enfoque integral de protección de la niñez y la creación de políticas públicas y protocolos internacionales que aborden la complejidad del tema, haciéndolo de forma expresa.

Segunda

En el contexto del conflicto en Ucrania, los niños nacidos a través de la gestación por sustitución son especialmente vulnerables y corren el riesgo de ser objeto de violaciones en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario en cuanto a crímenes de guerra o de lesa humanidad. Por un lado, es necesario abordar la situación de vulnerabilidad de los niños nacidos mediante gestación por sustitución y proteger sus derechos en este contexto hostil y por otro lado prevenir violaciones a derechos humanos en situaciones de paz para evitar el constante riesgo. En general, es importante tener en cuenta la perspectiva de los derechos de la niñez en el debate sobre la legalización o prohibición de la gestación por sustitución comercial.

El componente económico de la gestación por sustitución es uno de los aspectos más controvertidos y complejos de esta práctica. La mercantilización de los cuerpos de las mujeres puede ser vista como una forma de explotación y, en algunos casos, puede acarrear delitos de lesa humanidad para las mujeres en situación de pobreza que gestan por sustitución. Además, la falta de estándares internacionales específicos consensuados ha dejado vacíos legales que pueden afectar la vida de la primera infancia gestada por sustitución. Es necesario pronunciarse desde diferentes áreas desde la perspectiva de niñez, en este sentido reconocer que la gestación por sustitución comercial configura per se un delito internacional de venta.

Debe abordarse el presente tema desde una perspectiva de derechos humanos y de la niñez como eje transversal del principio “Pro persona”, y no desde el derecho privado o de consumo. Es importante que la discusión sobre la compensación económica en la gestación por sustitución sea identificada como una transgresión a los derechos de la niñez, no solo a los Estados sino a sus sociedades, con el fin de garantizar la integridad personal de la niñez y de las mujeres en situación de vulnerabilidad. Los Estados deben de garantizar, proteger y respetar los derechos de la niñez a través de medidas efectivas legales, políticas, administrativas y operativas.

Asimismo, es necesario que los Estados regulen esta práctica en sus ordenamientos jurídicos de forma negativa, prohibiendo y criminalizando estas prácticas a personas naturales como jurídicas. De esta forma, se podrá prevenir y garantizar la protección integral de los derechos de los niños gestados por sustitución; además, se podrán evitar situaciones de explotación y abuso hacia las mujeres que participan en esta práctica y evitaría la impunidad y consecuentemente de la niñez. Otro mecanismo de prevención importante de mencionar es el de medidas cautelares o de protección adoptadas por tribunales internacionales, regionales o por el Comité de los Derechos del niño en el sistema universal, estos mecanismos pueden prevenir la configuración de

violaciones a los derechos de la niñez cuando los Estados no estén dispuestos a intervenir o no sean capaces de garantizar esta protección.

En consecuencia, la gestación por sustitución requiere de una regulación adecuada por parte de los Estados y de una discusión informada y con enfoque de niñez y género por parte de diversos actores en la comunidad internacional. La implementación de políticas públicas que promuevan la inclusión y la protección de los derechos de las mujeres en situación de pobreza es fundamental para romper el círculo de pobreza y exclusión que enfrentan muchas niñas y mujeres. Estas políticas deben ser multidisciplinarias e integrales, y deben incluir medidas en materia de educación, alimentación, vivienda, salud y acceso a oportunidades de trabajo digno. Además, es importante socializar los derechos de la niñez y la adolescencia a la población en general y evaluar el impacto de las políticas públicas a mediano y largo plazo.

Tercera

En cuanto a la aplicación del margen de apreciación nacional en la interpretación del Convenio Europeo de Derechos Humanos, se ha criticado su naturaleza discrecional y falta de un parámetro claro, lo que puede generar inseguridad jurídica y dar ventaja a los Estados en un sentido opuesto a la protección de los derechos humanos. Por otro lado, la teoría de los contra límites parece ser una alternativa más efectiva para la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en tribunales internacionales.

La aplicación de los contra límites en tribunales internacionales es esencial para garantizar la protección de los derechos humanos desde el ámbito nacional como internacional. Los contra límites pueden servir como herramienta necesaria para prevenir el abuso de poder y para asegurar que los tribunales internacionales de derechos humanos no sean limitados bajo el margen de apreciación nacional, con base en la dignidad de la persona humana como parámetro principal y los *Ius Cogens*. Además, su origen y desarrollo están enmarcados en la necesidad de proteger los derechos humanos en el ámbito nacional e internacional y aplicar el estándar más alto de derechos fundamentales y humanos.

La implementación adecuada de estos límites tiene un impacto positivo en la justicia y en la promoción y protección de los derechos humanos. Los tribunales nacionales e internacionales podrían aplicar la teoría de los contra límites de manera efectiva y enviar una señal clara de que los derechos humanos no pueden ser ignorados, y que los individuos y los Estados deben rendir cuentas por sus acciones; a su vez, mantener los mecanismos de consulta y dialogo entre los tribunales nacionales como internacionales a través de un control de convencionalidad. Los contra límites y el control de convencionalidad son una herramienta fundamental para garantizar la justicia y la protección de los derechos humanos a nivel internacional y podrían aplicarse en los casos de gestación por sustitución, tomando en cuenta la singularidad de cada caso y con base en los derechos de la niñez y sus necesidades específicas de la etapa de desarrollo en la que se encuentren.

Cuarta

La renovación y modificación de la Política de Infancia de 2016 en la Fiscalía de la CPI en relación con los crímenes contra la infancia es fundamental para mejorar la protección de los derechos de la niñez gestada por sustitución en un contexto de conflicto internacional y ser referentes para otros tribunales internacionales. La consulta pública es esencial para desarrollar políticas inclusivas y participativas que reflejen las necesidades y perspectivas de los grupos y comunidades afectados. En este aspecto, se propone la inclusión de una definición clara de la niñez gestada por sustitución, la protección de sus derechos, entre ellos la integridad personal y la preservación de su identidad; así como la prevención de su explotación y tráfico; y, el reconocimiento de la venta de niñas y niños como un crimen internacional en situaciones de paz y de conflicto que pone en alto riesgo al colectivo de infancia en situaciones hostiles.

Por lo tanto, queda claro que la implementación de políticas públicas efectivas es fundamental para garantizar la inclusión y protección de los derechos de las mujeres y de la niñez en situaciones de vulnerabilidad, pobreza y conflicto. Es necesario que los Estados asuman su responsabilidad en este sentido y adopten medidas multidisciplinarias e integrales que aborden de manera efectiva las diversas problemáticas que enfrentan estos grupos. Además, es importante que se adopten enfoques que se basen en los derechos humanos universales y se evalúe el impacto a largo plazo de las políticas implementadas. En este contexto, la consulta pública y la participación de diversos actores es importante para desarrollar normativa nacional e internacional, políticas inclusivas y efectivas que reflejen las necesidades y perspectivas de estos grupos.

Se debe seguir trabajando para abolir la venta de niños y niñas desde diferentes y nuevas modalidades, con el fin de asegurar que los derechos humanos de todos los niños sean respetados y protegidos en cualquier contexto. Aunado a lo anterior, es necesario emplear también políticas públicas que versen sobre la socialización de los derechos de la niñez adaptada a un lenguaje familiar y amigable, por medio de campañas de concientización y promoción de las adopciones de los sistemas nacionales. Es necesario hacer énfasis en el hecho de que existe el derecho a pertenecer a una familia y el interés en ser padres, pero no existe un derecho a ser padres; por lo anterior, se podría promover más el sistema de adopciones en los sistemas nacionales y la difusión de los procesos bajo el principio de idoneidad para personas interesadas en formar una familia.

Es tiempo de que la comunidad internacional tome constante conciencia de la importancia de proteger a la niñez en diferentes partes en el mundo y de evaluar las nuevas modalidades de transgresión a medida el mundo y las nuevas tecnologías evolucionan. Debemos tomar acción desde todos los espacios posibles, y asegurarnos de que sus derechos sean siempre respetados. No podemos permitir que la niñez siga siendo víctima, de los horrores de la guerra y el sufrimiento humano. Es nuestra responsabilidad como seres humanos, protegerlos y garantizarles un futuro justo y humano.

VI. ANEXOS

ANEXO I

(Elaboración propia)

Anexo I Entrevistas a:

Entrevista I

a) **Excma. Dña Nora Susana Schulman**

Abogada y actual Directora Ejecutiva del Comité Argentino de Seguimiento y Aplicación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CASACIDN); lleva 30 años trabajando en la defensa de derechos de niñas, niños y adolescentes. Directora Ejecutiva del Comité Argentino de Derechos del Niño. Buenos Aires, Argentina.

Link: <https://casacidn.org.ar/>

Sobre el enfoque de niñez y el derecho a preservar la identidad en la niñez gestada por sustitución

Objetivo: identificar dilemas éticos de la gestación por sustitución y su impacto en los derechos de la niñez; y, profundizar sobre el origen de los artículos sobre el derecho a preservar la identidad de la niñez.

Dirigida a:

- I. Organizaciones internacionales y Tribunales de Derechos Humanos para hacer un llamado a formular decisiones y resoluciones bajo el enfoque de la niñez y un llamado a realizar monitoreo sobre la situación de derechos humanos de la niñez gestada por sustitución.
- II. A Estados comprometidos con los derechos humanos de la niñez con el propósito de implementar políticas públicas dirigidas a mujeres en situación de pobreza para integrarlas y emplear alternativas para su desarrollo pleno en la sociedad; a su vez para ratificar todos los protocolos adicionales a la Convención de los derechos del Niño y criminalizar la venta de niños en todas sus formas y modalidades, incluida la gestación por sustitución.
- III. A las personas interesadas en formar una familia, en hacer un llamado de consciencia para optar por el Sistema de adopciones nacionales y cumplir con el principio de idoneidad.

1. *La gestación por sustitución o maternidad subrogada como TRA con fines comerciales interfiere en el derecho a preservar la identidad de conformidad a los artículos 7 al 11 del CDN. ¿Qué origen tiene este derecho en Argentina con relación a la Convención y redacción de estos artículos? ¿Actualmente cómo se aborda la temática de la protección de estos derechos de la niñez en la gestación por sustitución?*

Comúnmente llamamos a los artículos del 7 al 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño, los artículos argentinos por que fueron puestos en la convención por las abuelas de la Plaza de Mayo, ellas viajaron a Ginebra y tuvieron que exponer el derecho a la identidad ante los delegados de distintos países cuando se estaba redactando la Convención sobre los Derechos del Niño

Los países nórdicos, especialmente, no lo plantearon en su momento como una vulneración del derecho porque en esos países no suelen tener problemas con las desapariciones de niños y niñas. Estos países suelen comprar niños a través de la “gestación por sustitución”. Las abuelas de mayo tuvieron mucho que exponer y discutir el ejemplo en la Argentina porque habían desaparecido niños, que actualmente ya son adultos y todavía hacen falta muchos por encontrar.

Con base en ello, justamente en la videoconferencia de “*Tejiendo redes de infancia*”²³⁵ que hablamos sobre qué pasa con los derechos de la niñez en la maternidad subrogada con otras expertas de México, España y Argentina, hubo un intercambio de opiniones; y, consideramos el derecho a preservar la identidad como un tema fundamental de la consciencia, porque si un niño o una niña no tienen identidad, no sabe quién es y nunca sabrá quién es, ni de donde nació, ni de qué vientre nació. A su vez, cuando quiera buscar a su madre biológica, no la va a encontrar, no sabrá quién es.

Hay una novela de Paula Puebla que se llama “El cuerpo es quien recuerda”²³⁶ a cerca de una niña adulta, que fue comprada en Ucrania, donde la chica empieza a buscar su identidad y empieza a preguntarse de donde viene. Es interesante porque demuestra cómo tiene que buscar, y los padres, especialmente en este caso la madre intencional, le niegan el acceso a toda la información y no quiere que sepa, se produce ahí un conflicto donde la chica pregunta quién es, hasta que la chica se empieza a conectar con Ucrania.

2. *En Argentina no se regula en ningún sentido la gestación por sustitución, ¿Cómo se lleva este tema en estos momentos? ¿Se dan casos de gestación por sustitución?*

En Argentina actualmente no hay una ley que prohíba, todo es más tolerado por llamarlo de alguna manera. La justicia argentina en tema de familia es bastante decadente, es una

²³⁵Tejiendo Redes de Infancia; “¿Qué sucede con los derechos de la niñez en la maternidad subrogada?”; Ollin TV. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nvDfZ6nUPHU>

²³⁶ “El cuerpo es quien recuerda”; aborda, con herramientas de la ficción, temas sensibles de la maternidad y gestación por sustitución. Disponible en: <https://www.planetadelibros.com/libro-el-cuerpo-es-quien-recuerda/355227>

justicia patriarcal y arcaica. El objetivo o la historia es darle a un niño una familia, pero no su propia familia, en definitiva que lo pueda pagar.

En Argentina hay muchas personalidades famosas o populares que han ido a comprar niños a Miami, pagando fortunas. El último caso más sonado, es el que ha pasado con una personalidad en España, que España lo prohíbe expresamente y que se sabe que corre ese riesgo de que le quiten al menor.

3. *El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha resuelto casos de gestación por sustitución, si bien no se ha llevado ningún caso demandando a un Estado que lo regule en sentido positivo como Ucrania pero si hay ejemplos de demandas hacia Estados que lo prohíben. ¿Considera que estas resoluciones son acorde a la Convención de los Derechos del Niño?*

Las resoluciones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución suelen ser confusas porque suele enlazarse también con el proyecto de la Conferencia de la Haya, con sus términos. El rédito razonable por ejemplo, ¿qué significa un rédito razonable? Ya lo he preguntado personalmente a uno de los expertos que están redactándolo y no me saben contestar, luego cambian de tema. Considero que esto va dirigido a las agencias, y hay que dejar claro que esto no es un sistema de adopciones, es otra cosa, es tráfico de niños, venta de niños porque hay un comprador y un niño que es comprado. Compran también a las madres, y esto configura un delito que va en contra de la niñez, esto también roba su identidad.

4. *¿Se tiende a normalizar la configuración del delito de venta de niños cuando hablamos de gestación por sustitución?*

Hay un artículo que salió recientemente con el tema de la guerra en Ucrania, es un artículo terrible en donde le hacen una entrevista a un director de estas clínicas en Ucrania. Es terrible la situación que se expone, en donde este señor, muy suelto habla de quienes son los compradores, cuánto cuesta un niño y donde las tienen a estas mujeres. Él lo toma como un favor que le hacen a las mujeres pobres para que den su cuerpo, no les pagan casi nada, ahí sale que lo utilizan para construirse una casa pero es poco lo que se les paga. Se evidencia ahí que las utilizan dos y hasta tres veces, las tienen bloqueadas.

Para el comienzo de la guerra las pusieron en un sótano y la esencia de lo que ellos piensan es que es un favor, que es una reivindicación de las mujeres que donan su cuerpo.

Tener un hijo que no es propio, que no te lo vas a quedar ni tenerlo, utilizar a mujeres dos o tres o cuatro veces con el riesgo del parto, de sus cuerpos, que le pase algo y que sus otros hijos queden absolutamente desprotegidos, pero fundamentalmente la desprotección de este niño o niña.

5. *¿Tiene algo que ver la etnia y los estándares sociales con el hecho de que los comitentes busquen la gestación por sustitución en vez de acudir al sistema de adopciones?*

En un tiempo estuvo “de moda” los norteamericanos que adoptaban niños asiáticos; y recuerdo que habían tres o cuatro familias que contaban que adoptaban niños asiáticos porque lo necesitaban y que como eran diferentes. Muchas veces los actores, tienen uno de cada lugar y no toman en cuenta las diferencias profundas, no solo de los rasgos o de los idiomas. Otro ejemplo es que en Argentina, un tiempo “han adoptado” entre comillas, niños rusos o haitianos y que les ha costado horrores, chicos de doce años que tienen que adaptarse al idioma, a la escuela, van a la escuela pero tienen que tener a alguien que les traduzca. Los sacan de lo que llama la Convención “El Centro de vida”.

En el sistema de adopciones hay muchos niños de diferentes edades que desearían ser adoptados, aunque acá no siempre cumplen con los intereses de estas personas que compran, suelen ser morochitos, no rubios o blanquitos. Es terrible esta percepción. Esto no es un interés en tener un hijo, esto es querer tener un hijo con determinadas características y condiciones.

Suelen también querer características específicas de los niños (ojos azules, rubios etc.). Los compran como juguetes, y los lucen porque consideran que son hermosos, porque es de determinada forma.

6. *Generalmente se da un enfoque desde el feminismo y género pero ¿Hace falta que se vea desde un enfoque de niñez para entender mejor como responder a esta problemática y protegerles?*

Desde el feminismo si se puede tomar en cuenta los derechos de las mujeres, de formar una familia, del interés de formar una familia²³⁷. Pero desde los chicos, no hay un real respeto por sus derechos. Aquí esconden estos actos, no dicen “Yo me compré un pibe (un niño)”. Como se va a desarrollar la vida de estos chicos, siempre surgirá esto en algún momento, se preguntarán por qué son diferentes a sus padres intencionales, o porqué son diferentes a los otros chicos de la escuela.

Es cierto que antes, se blanqueaba esta situación, que automáticamente se apropiaban sin que se les dijera nada. Esto es una moda de ahora, es nuevo por la transacción económica. ¿Cuánto cuesta un niño? ¿Quién le pone el valor a un niño sujeto de derechos?, no es un objeto que compras y decís “qué lindo”, me gusta este florero, me lo compro en Rumania; No, me compro un niño, dos niños, me los traigo y los llevo a otro país.

Me parece que hay que poner en la cabeza a la gente y tener cuidado con la legislación, por ahí se escapa y después se legaliza y no se puede luchar nunca más contra esto.

²³⁷ Esto categoriza también a las mujeres entre aquellas que tienen interés en formar una familia y por su estatus socio económico pueden hacerlo y aquellas mujeres que no tienen medios económicos suficientes y tienen que sacrificar parte de su vida para premiar a otras mujeres como medio de supervivencia. Teniendo como resultado final, el aprovechamiento y la explotación sin límites del mercado y una total desprotección a estos menores que son utilizados como objetos de satisfacción en intereses individuales.

7. Se suele justificar la calidad de vida en términos económicos de la niñez gestada por sustitución ¿Es realista esta justificación?

La justificación es que los chicos viven mejor, pero esto es robar su identidad, este es un tema súper importante. En Argentina, con las abuelas de la plaza de mayo se identificaron que habían desaparecido 500 chicos y de esos chicos se han recuperado 130, hay todavía 350 chicos apropiados de la dictadura en Argentina que no sabemos dónde están.

Cuando un chico recupera su identidad, aunque siga viviendo con los apropiadores, sabe quién es, y esto es muy importante. El tener claro cuál es su historia y de donde vino, el país; los chicos no son ciudadanos del mundo, nacen y viven en un país determinado, tanto es así que ha países que solo por haber nacido en el territorio son considerados nacionales de ese país, pero hay otros que no.

Hay países que si no se tiene padres que son del mismo país de nacimiento no se considera al menor como nacional, habría que nacionalizarse por otra vía. Entonces hay una serie de cabos sueltos, donde acá, el único que sale favorecido es el que compra.

8. ¿Quiénes son los más favorecidos en la gestación por sustitución comercial?

Ni el niño, ni la madre que vende salen favorecidos, se favorece la industria de la intermediación. En la gestación por sustitución es evidente, su centro de vida se traslada a otro lugar donde, a lo mejor estén bien económicamente pero siempre van a tener como a los chicos de las abuelas de mayo, de buscar su identidad, de saber quiénes son, quien es su mamá.

9. En el intercambio de opiniones que gestionó junto a “Redes tejiendo infancia”²³⁸, una de las expertas invitadas expresó su preocupación por la gestación por sustitución, porque considera que es un delito de lesa humanidad. ¿Considera que la gestación por sustitución se puede configurar un crimen de lesa humanidad o puede dar lugar a ello?

Si, considero que es un delito de lesa humanidad visto desde la trata de personas. Si contamos con instrumentos internacionales de derechos humanos, donde figura el derecho a la identidad, no solo este derecho, al centro de vida, a ser educados. Hay mucha gente que considera que un hijo no es una persona, que es un bien propio y que entonces como lo compraron, es de ellos.

Esta concepción de que no importa de dónde viene incide en sus vidas.

²³⁸ Tejiendo Redes de Infancia; “¿Qué sucede con los derechos de la niñez en la maternidad subrogada?”; Ollin TV. Experta Núria González (Abogada y activista, España) considera que esto es extractivismo colonial. Asu vez, se refiere a la gestación por sustitución configurada como un crimen de lesa humanidad porque considera que los vientes de alquiler son trata y por tanto las empresas intermediarias y los que compran son tratantes, no son padres de intención, Minuto 33:00 57:00/ Berta O García habla de donde surge la intencionalidad parental que nutre la narrativa para legitimarse desde antes que nazcan los menores que son comprados min 60:02 Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=nvDfZ6nUPHU>

10. ¿Cree que la falta de regulación tanto en un sentido negativo como positivo es caldo de cultivo para las industrias intermediarias y las organizaciones criminales? ¿podría ser el espacio perfecto para estas organizaciones criminales?

Totalmente, son organizaciones criminales las que actúan. Este punto de vista lo podemos ver desde la trata de personas. El movimiento de las industrias intermediarias de un país a otro, al no haber leyes, no hay una orientación. Cuando tiene vínculo filial con el padre suelen legalizarlo, y respecto de la madre se olvidan, por ello el feminismo pone tanto esfuerzo en decir “ojo, es el aprovechamiento de madres pobres, que necesitan salir adelante económicamente, que significa una salida con vicios de legalidad.

Este agujero negro es el que aprovechan las agencias y los abogados que se dedican a esto, que es toda una mafia. Habría que ver los ingresos generados por todas estas industrias ilegales y si están siendo utilizadas en sistemas financieros como Wall Street.²³⁹ Más arriba hay corporaciones, hay políticos y muchos casos de abusos de niños.

11. Debido a la falta de información cualitativa y cuantitativa disponible, es difícil identificar y focalizar a mujeres que gestan por sustitución para evidenciar las necesidades específicas en cada Estado. ¿Se necesita más investigación e inversión en proyectos de cooperación? ¿Hacia dónde se podrían dirigir los esfuerzos en primer lugar?

Es necesario hacer más investigación de campo, de hecho tenemos proyectos formulados desde las instituciones no gubernamentales, hay proyectos de observatorios de mujeres y niñas que están formulados pero no se pudo poner en práctica; ahí quedó sin su implementación porque se necesita de financiaciones. Con ECPAT Argentina que está presente en muchos países, con su sede en Tailandia estábamos trabajando estos temas con ellos, y con el tema de trata es muy difícil sacar adelante estos proyectos, hay que pagar más investigadores.

Hay un grupo de mujeres abolicionistas, desde Argentina estamos luchando con el tema de la legalización de la prostitución, está muy avanzado el tema de la legalización, se debe tomar en cuenta a las niñas y las adolescentes, no verse como una opción laboral, siempre es explotación. A partir de este grupo es que tomamos el tema de la gestación por

²³⁹ Comentario: No se encuentra actualmente evidencia concluyente de que los ingresos generados por la trata de personas se inviertan directamente en Wall Street u otras bolsas de valores en el mundo. La gestación por sustitución vista desde la trata de personas y las actividades ligadas directamente e identificadas como trata de personas son ilegales y, por lo tanto, los ingresos generados por esta práctica se mantienen ocultos y se utilizan en economías informales y subterráneas.

Si bien es posible que algunos individuos involucrados en la trata de personas puedan estar utilizando el sistema financiero global para lavar el dinero obtenido ilegalmente, esto no significa necesariamente que Wall Street o cualquier otra bolsa de valores estén directamente involucrados o se beneficien de la trata de personas. Se necesita investigación al respecto.

Es importante tener en cuenta que la trata de personas es una grave violación de los derechos humanos y una forma de esclavitud moderna que afecta a miles de personas en todo el mundo. La lucha contra la trata de personas es una responsabilidad de todos los gobiernos, instituciones y personas comprometidas en la promoción de los derechos humanos y la justicia social.

sustitución, el enfoque de la niñez y el género. Hay muchas personas, juristas, y los medios de comunicación que están en favor de la legalización, vienen haciendo mucho lobby.

Hace falta hacer más lobby al revés, en favor de la niñez y de las madres gestantes. En general, la esfera política no comprende bien el problema, las causas y las posibles soluciones. En 2022 fue elegida la Dra. Mary Beloff en el Comité de los Derechos del Niño y lleva propuestas de iniciativa para la redacción de otro protocolo de los derechos de las niñas; a mí me parece que el tema de la niñez gestada por sustitución es un tema que se debe tomar en cuenta también²⁴⁰.

Por tanto, me parece que sí, que requiere una investigación, en varios países como México que también lo tiene regulado, Ucrania etc. Hemos hecho algunas intervenciones para comentar al respecto, intentamos llevarlo a la Corte Interamericana y nadie nos dio atención a este tema y a la situación. No sabemos dónde van a parar estos niños, que pasó en sus vidas.

12. ¿Qué tipo de política pública se podría implementar para paliar este problema a corto y largo plazo tomando en cuenta la situación de pobreza de muchas mujeres que acceden y se ven en un estado de necesidad, más que de libertad?

Es necesario criminalizar el acto, prohibirlo. Es necesario crear políticas públicas tendientes a concientizar a la gente a que si quieren tener hijos, pueden adoptar chicos de sus propios países por ejemplo, hay que sacar estos prejuicios de raíz, de quitar ese interés en ir a comprar niños al otro lado del mundo. No es solo Ucrania, porque Estados Unidos es el principal promotor y dirigido a gente con mucho dinero. Cualquiera se va a Miami y se compra un niño y quitar excusas de que solo porque tengan “semen” de uno de los padres intencionales. Es absurdo desde cualquier punto de vista ver estos casos. Nunca hay una preocupación real de preguntar de donde vienen los padres intencionales, solo si pueden pagarlo.

Un ejemplo es el tema de la reducción de embarazos adolescentes. Con las chicas empezar a trabajar con temas de salud de sus derechos, y puede bajar el porcentaje de embarazos adolescentes. Entonces emplear políticas que responsan a estas causas. La política pública cuando es eficiente y eficaz, sirve para paliar dichas situaciones.

Yo he visto ejemplos de estas personas, de cómo le arrancan literalmente de los brazos de la madre a un bebé, porque ahí está el comprador, y cuando nace el bebé, se lo dan directamente a él o a ella. Imagínate a un bebe recién nacido, es desolador, un recién nacido que no puede tener contacto con la madre gestante. El primer contacto físico, su cuerpo, es muy importante, sabemos que hay vida intrauterina, que se conecta con la madre gestante.

No puedes explicarle a un niño después de unos años que lo has comprado, que la madre está a miles de kilómetros. Una edad en la que se pregunte quien es, soy hijo de este pero

²⁴⁰ La representatividad geográfica en las instituciones también tiene mucho que ver con el alcance que tienen las organizaciones no gubernamentales y organizaciones de la sociedad civil a los funcionarios para poder exponer estas situaciones y tomar acciones y propuestas adecuadas como respuesta.

no soy hijo de este, entra mucha confusión a estos niños y esto es muy grave, el no saber quién es ni de dónde viene.

El miedo fundado es que empiecen a utilizar a mujeres latinoamericanas por la necesidad en una región desigual, porque piensan acceder a lugares donde bajen los precios y tengan acceso a estas mujeres. El dinero que se paga, una gran parte va a las agencias, una parte los médicos, enfermeros, y lo que resta se lo lleva la madre. En muchos países latinoamericanos ni siquiera les dan dinero, les dan los ladrillos para hacer alguna casa, o una heladera. Además, las engañan, yo llevé el caso de una restitución de un menor de una provincia, hablé con el gobernador y le dije que devolviera a ese chico porque iba a tener un problema internacional serio, esta familia se ha robado un chico. Internaron a la madre, la durmieron, le sacaron el chico e inmediatamente se regresaron a Buenos Aires.

Después de seis meses, logramos la restitución y la reacción del chiquito, fue increíble. El chiquito lo dejaron en la puerta de la casa de la madre para que fuera caminando solito, tenía un año y pico y cuando llegó, se abrazó a la madre y dije “mirá si no hay instinto de los niños”, priman los olores y los brazos de la madre, de su madre biológica. Vivió un año y algunos meses con otras personas, pero el reconoció inmediatamente a su mamá biológica, esta es la cuestión, el lazo indisoluble de madre e hijo, este lazo no se puede cortar fácilmente.

El tema de las adopciones es muy importante también, muchas veces los más pequeños son adoptados, en cambio más grandecitos es más difícil, a veces llegan a estar institucionalizados no solo por temas penales juveniles sino asistenciales. O varios hermanos siguen en el sistema de adopciones.

Conozco a una persona acá que ha adoptado a tres nenas de trece, diez y ocho y yo la felicito. Porque estas nenas estaban en un hogar, Vivian hace muchísimo en un hogar y ella quería adoptar a dos niñas, y estaba otra hermana y dijo ¿Qué voy a hacer? ¿Voy a separar a las hermanas? En conclusión, en la gestación por sustitución tienen un niño medido a sus gustos, y esto es una pérdida de identidad para los chicos, desaparece todo su mundo familiar y un entorno. Entonces olvidan los derechos de los niños, en todos los países tenemos leyes de protección integral, y la Convención de los derechos del niño es “supra”, está por arriba de todas las legislaciones nacionales.

13. ¿Se puede proteger a la niñez gestada por sustitución desde la Convención de los Derechos del niño y desde el enfoque de niñez?

Apegado a la Convención, se puede trabajar este tema perfectamente desde la infancia. No desde “un derecho a ser padres y tener un hijo”. Si no se puede ser padres por temas biológicos, no le compres un hijo a otra madre, esto no es justificativo.

Es darle padres a un chico, y no hijos a un padre. Porque si pensamos en el interés superior del niño que es lo que rige toda la Convención, el interés superior sería darle a un niño un hogar para que esté protegido, para que lo críen. En ninguna parte de la Convención dice que hay que darles hijos a los padres que no pueden tener hijos, ni ninguna legislación del mundo, no hay un derecho a ser padre. Pero si hay un derecho del niño a tener una familia, si no es su propia familia, lo que mejor se asemeje a su propia familia.

14. *¿Cuál es el deber de los Estados si se apegan a sus obligaciones internacionales con un enfoque de niñez?*

Si no fue su familia biológica, el Estado a través de la adopción determinará quién va a adoptar este niño, para ello hay registros de adopción y todo esto, entonces ahí se cierra el círculo. Cuando se discute este tema, se suele discutir desde el tema del feminismo y acá tenés que hacer una mirada desde el tema de los derechos del niño.

Si no puedo tener un hijo y estoy en la mitad del círculo, voy y lo compro, entonces ahí salté todos los ocho pasos. ¿Cómo podes saber si esto afecta la salud mental de este niño? ¿Quién lo sigue? Los organismos públicos? No se meten porque es un tema “privado”. Entonces quien sabe si ese chico es maltratado, si lo crían bien, si tiene cubiertas sus necesidades, especialmente las afectivas. Solemos pensar que sus necesidades económicas las tendrá cubiertas pero su derecho a saber quién es, a la salud mental y todos los derechos que protege la Convención.

Nadie lee la Convención cuando hablamos del tema de subrogación, con los derechos a la salud mental, y se pone en escena solo el deseo de tener un hijo. Si no pueden tener un hijo, no lo comprenden. En todo caso hay que ayudar a estas madres gestantes a través de políticas públicas.

15. *¿Qué otras políticas públicas se pueden implementar para dar alternativas a mujeres en situación de pobreza que han sido convencidas de gestar?*

La pobreza es altísima en las mujeres. Incluso las mujeres que tienen muchos hijos a veces se desesperan cuando quedan embarazadas. Acá en Argentina desde hace poco tenemos el aborto legalizado, por lo cual no se aplica del todo, te hacen objeción de conciencia, lo cual obliga a una adolescente, a una chica a tenerlo para regalarlo. Ya está adjudicado antes de tenerlo.

Un caso de una nena de doce años que no está en condiciones psicológicas ni físicas para tener a un bebé por ejemplo; se le hizo una cesárea porque nadie quería hacerle un aborto, entonces hay una interrelación entre todas las cuestiones que terminan. Si no tienen un beneficio del Estado ¿Qué hago? No puedo darle de comer.

Yo lo uniría todo esto a la prohibición de la gestación por sustitución como delito y una política pública adecuada para poder satisfacer las necesidades de estos chicos y de estas madres. Sino, seguirá existiendo, y seguiremos luchando eternamente con esta situación en la que te digan en un pueblito que alguien sabe quien vende, que estaba un intermediario metido en estas situaciones.

Yo fui a hacer una investigación con una directora de un hospital, y ella me comenta que en el hospital público no hacían esto sino en una clínica que estaba enfrente. Ahí hacen tener a los chicos y de ahí se los llevan y cada tanto se descubre alguna organización, lo que pasa es que en estos lugares pequeños, en lugares que se olvidan no entran las grandes organizaciones intermediarias todavía. Quienes tienen más dinero van a Miami, quienes tienen más o menos van a Ucrania o a la India porque los precios bajan, pero también pasa en estos lugares, en donde a las mujeres les dan a cambio ladrillos para sus casas.

16. El interés superior de la niñez se debe de tomar en cuenta en cada etapa ¿Cómo se abordará este principio si solo se aborda desde el feminismo? ¿Se debería integrar también el enfoque de niñez?

El derecho a la identidad es un derecho fundamental de la infancia y tiene que ver con el interés superior, me parece que debe de enfocarse desde la niñez. Nos equivocamos y solemos tomarlo solamente desde el feminismo y como un tema de la madre. Porque en este caso no se ven los derechos del niño si solo se enfoca desde esta perspectiva.

17. ¿Sería ideal plantear medidas cautelares desde sistemas regionales y el universal para el caso de los menores en Ucrania? ¿Qué actores podrían participar?

Los organismos internacionales, la Cruz Roja, El Comité de los Derechos del niño, los DESC, todos los Comités de Derechos Humanos deberían de actuar en estas situaciones, Los Estados deben de proteger a estos niños como ucranianos. Acordémonos de la segunda guerra mundial la Cruz Roja se hizo cargo de los niños y de colocar a estos niños en familias porque ya no contaban con padres. Es un tema que hay que llevarlo al Comité de los Derechos del Niño, el siguiente año que viene tenemos informe.

Si porque están más propensos a caer en redes de trata, hay grandes organizaciones de trata. El tema del internet ha favorecido, no están en un solo lugar sino que se mueven. Hay que saber dónde están estos chicos, hacer un seguimiento, en qué condiciones. Al principio de la guerra es donde salió el artículo del director de la agencia intermediaria en Ucrania y se ve cómo se naturaliza el delito. Como si estuviera hablando de comprar ananas.

Entrevista II:

a) Excmo. Dr. Luis Jimena Quesada

Doctor en Derecho. Catedrático de Derecho Constitucional. Doctor Honoris Causa por la Universidad Nacional de la Plata (Argentina).

Desde abril de 2019 es Juez “Ad Hoc” en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y Representante independiente (suplente) del Consejo de Europa ante la FRA (Agencia de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, diciembre 2015-julio 2020).

Sobre el margen de apreciación nacional, los contra límites, y el principio de convencionalidad desde el enfoque de niñez y el derecho a preservar la identidad en la niñez gestada por sustitución en los mecanismos de protección Europeo, y derecho comparado con el Sistema Interamericano.

Objetivo: Conocer en la práctica, las ventajas e inconvenientes que pueden presentarse al momento de valorar el margen de apreciación de los Estados y el principio de convencionalidad en las normativas nacionales sobre la protección de los derechos de la niñez gestada por sustitución en Estados europeos que prohíben expresamente la gestación por sustitución tomando en cuenta el interés superior de la niñez. A su vez, identificar los mecanismos de protección y compararlos con el Sistema Interamericano.

Dirigida a:

- IV. Organizaciones internacionales y Tribunales regionales de Derechos Humanos para hacer un llamado a formular decisiones y resoluciones bajo el enfoque de la niñez sobre la base del interés superior e implementar los estándares más altos en la materia.
- V. A Organizaciones de la Sociedad Civil Organizada y Organizaciones No Gubernamentales para tomar acción en la defensa colectiva de la niñez en extrema situación de vulnerabilidad y conocer cómo funcionan los mecanismos de protección regionales del Sistema Europeo.
- VI. A los Estados, para que firmen, ratifiquen y se hagan parte de los protocolos de procedimiento al Convenio Europeo de Derechos Humanos a fin de que sus ciudadanos puedan acceder a mecanismos subsidiarios en caso de que no puedan acceder a nivel nacional en búsqueda de su protección. También a que implementen el principio de convencionalidad y hagan una interpretación a la luz de estándares internacionales o que implementen estándares superiores en Jurisdicciones e instituciones internas.

1. *En el Sistema de protección de derechos humanos europeo ¿Se da un enfoque de género y de niñez en los casos de gestación por sustitución que ha llegado a conocer el TEDH?*

Los primeros casos que llegaron al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre todo porque eran casos que iban de Estados Unidos, se veía más desde el enfoque de la niñez con relación al artículo 8 del CEDH sobre la vida privada de la niñez.

2. *Sobre el margen de apreciación de los Estados denunciados ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos que prohíben la gestación por sustitución, ¿Qué parámetro utiliza el Tribunal para concluir e identificar los límites en el caso de la maternidad subrogada?*

El TEDH ha ido cada vez reduciendo el margen de apreciación nacional, de hecho en casos en los que es abordada la niñez gestada por sustitución, aquí ha tenido en cuenta el interés superior del menor. En los casos que se han presentado ante el TEDH, la gestación por sustitución, sigue dejando el margen de apreciación nacional; a pesar de cómo ha ido reduciéndolo, esta materia es como un reducto porque lo deja como equivalente a orden público establecido en cada Estado. Y lo único que podríamos mencionar o identificar como un límite o un reducto de las actuales decisiones sería la protección de la niñez.

3. *¿Cómo ha ido evolucionando este margen de apreciación nacional de los Estados en el Sistema de Derechos Humanos Europeo haciendo una comparación con el Sistema Interamericano?*

El Tribunal Europeo en su evolución ha ido reduciendo el margen de apreciación nacional en aras precisamente de un Ius Comune Europeo, así como podríamos referirnos al Ius Comune Interamericano forjado por las Cortes regionales, que significa reducir o constreñir el margen de apreciación nacional; Y por eso, en el Sistema Europeo, se adoptó el Protocolo número quince al Convenio Europeo de Derechos Humanos.

El Protocolo número quince al Convenio Europeo de Derechos Humanos²⁴¹ es una reacción de los Estados para expresar al Tribunal Europeo de Derechos Humanos que está yendo demasiado lejos al evaluar la protección de los derechos. “Están reduciendo el margen de apreciación nacional que nos permite la cultura común de nuestros países, o a lo que llamamos como la identidad constitucional en algunos casos; Están reduciendo mi soberanía en definitiva para avanzar demasiado en un Ius Comune que están forjando”. Es un reproche al Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

²⁴¹ Protocolo número 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. Disponible en: [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428869010-Entrada en vigor del Protocolo n 16 al Convenio .PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428869010-Entrada%20en%20vigor%20del%20Protocolo%20n%2016%20al%20Convenio%20.PDF)

4. *¿Cuál es el objetivo del Protocolo número quince al Convenio Europeo de Derechos Humanos? y, ¿De dónde nace?*

El protocolo 15 al CEDH versa sobre la subsidiariedad y el margen de apreciación nacional porque en definitiva, la teoría del margen nacional se basa en la idea de proporcionalidad para que no intervengas más allá de lo preciso en conexión con la subsidiariedad; únicamente cuando los Estados no hayan aportado un remedio.

La proporcionalidad sería como un ingrediente o el principio inspirador del margen de apreciación nacional. Sería para aplicar el instrumento procedimental, para aplicar el margen de apreciación nacional; mientras que la subsidiariedad viene a ser la consecuencia. La consecuencia del margen de apreciación es que se aplique el canon nacional con preferencia al canon interamericano o europeo.

Es decir que actúa en un nivel inferior cuando sea más eficiente y más efectivo que el nivel superior. La conclusión es que ha habido un ensanchamiento de la jurisprudencia de la Corte Europea para reducir correlativamente el margen de apreciación. Consecuentemente, ha habido una reacción de los Estados frente a esto con el protocolo quince a la CEDH. En el caso de la gestación por sustitución sigue jugando el margen de apreciación pero con la excepción de la protección de la niñez por la vía del artículo ocho, que en este caso sí que habría un canon internacional.

Los Estados lo hacen en varias conferencias que empiezan en Brighton. Que por cierto en estas cumbres y próximamente en mayo es la cuarta cumbre de jefes de Estado y de gobierno en la que se abordará una nueva reforma del Tribunal Europeo de Derechos Humanos también que se celebrará en Islandia. En la página de presentación hay un memorándum del propio TEDH de cara a esta cuarta cumbre de jefes de Estado y de gobierno del Consejo de Europa. Uno de los temas que se hablará es la enésima reforma del TEDH.

Cuando se habla de reforma del TEDH por parte de los Estados, se habla sobre si vamos a utilizar la mejora del funcionamiento del Tribunal; No obstante, siempre hay una reticencia de los Estados de poner desafíos a la jurisprudencia evolutiva; Y, en definitiva a las funciones del TEDH.

5. *Sobre el Protocolo 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos. ¿Cómo es la actividad consultiva en el Sistema Europeo en comparación al Sistema Interamericano, que suele ser bastante activo?*

La competencia consultiva de la Corte IDH es más activa que la del TEUDH porque hasta la fecha, en el Convenio Europeo había una sola competencia y es hasta el Protocolo 16 que solo podían activar este mecanismo los Estados a través del Comité de Ministros. Entonces se requería una mayoría cualificada y nunca se hacían, no había opiniones consultivas.

En cambio en el Sistema Interamericano pueden ser los gobiernos, no un Comité de Ministros, ni todos los gobiernos a la vez, sino cualquier gobierno o sobre todo órganos del sistema que básicamente como conocemos, lo hace la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos. Esto ha permitido dinamizar opiniones consultivas muy importantes del Sistema Interamericano.

En cambio en el caso europeo no existe esa competencia de la Comisión de Derechos Humanos porque ya no existe, desapareció en 1998 porque era un mero filtro de admisibilidad, a diferencia de la CIDH que además de ser filtro de admisibilidad para los casos ante la Corte IDH, es un órgano de promoción y de observancia de los Derechos Humanos en la región.

Hay muchas personas que se preguntan que por qué si el Sistema Interamericano se inspiró en el Sistema Europeo, del Convenio europeo, por qué al desaparecer la Comisión Europea con el protocolo 11 al convenio, no desaparece la CIDH, y es por este motivo, porque la CIDH tiene un papel mucho más importante que la meramente procesal que tenía la Comisión Europea.

6. *¿Sería conveniente interamericanizar el protocolo 16 al CEDH?*

Sería interesante la interamericanización del protocolo 16, que se hiciera uno similar para que las Cortes Supremas en América pudieran plantear cuestiones consultivas porque eso permitiría evitar conflictos entre Cortes Supremas, sobre todo las Cortes Constitucionales en América y la Corte Interamericana.

Sabemos que hay casos por ejemplo en Colombia, el caso Petro Urrego contra Colombia, si la Corte Constitucional colombiana hubiese podido someter la consulta antes de resolver a la Corte Interamericana, también se hubiera evitado el conflicto. Lo revocaron por procedimiento sancionador administrativo mientras que la Corte IDH exige que ese tipo de revocación de mandato se haga a través de la vía penal, esto es discutible pero es así, como un ejemplo de la importancia de las opiniones consultivas.

Porque en ese caso lo que ocurrió es que la Corte no solamente dice que no hay violación de los derechos respecto de la revocación del alcalde de Bogotá; aquí la Corte colombiana no solo dice que no hay violación de la constitución sino que incluso dice que no hay violación de la Convención Americana de Derechos Humanos. Llega luego a la Corte Interamericana y se condena a Colombia. Así se podría superar el conflicto entre jurisdicción constitucional y la Convención sobre su interpretación desde la Corte IDH.

7. *Sobre el interés a ser padres y el derecho a la vida familiar del artículo 8 del CEDH que han alegado los comitentes, el TEDH ha tenido una postura que relaciona a la vida privada de la niñez, más que de la del derecho a la vida familiar de los padres. ¿Esto se puede interpretar como el interés a ser padres no es un derecho establecido, a diferencia del interés superior de la niñez a tener una familia?*

El TEDH tiene una postura que exige que haya una parte biológica y si no es biológica, como pasa en la Opinión Consultiva respecto de Francia (Caso Mennesson)²⁴², obliga a que la madre de intención, cuando vuelva, no le va a privar de consolidar esa relación por estar inscrito en Estados Unidos por ejemplo; pero se le puede obligar por su Estado, en este caso Francia, en función del margen de apreciación al regular estos temas, a que proceda a la vía de la adopción por ejemplo, no se le va a reconocer automáticamente la relación filial. Entonces se protege a la niña o al niño pero no a los padres, porque implica tomar en cuenta el interés superior de la niñez.

8. *El TEDH al tomar decisiones suele citar de la siguiente forma “otros convenios internacionales y Tribunales Internacionales regionales de la misma materia”. En los casos de gestación por sustitución, ¿Se puede asumir que ha tomado en cuenta la Convención de los Derechos del niño y sus protocolos adjuntos?*

El Tribunal europeo tiene la praxis de acudir al sistema de interpretación sistemática con otras fuentes externas, en este caso la Convención de los Derechos del Niño pero que todavía no la ha ensayado con determinación en este ámbito.

Se comprueba que en las sentencias sobre la temática de gestación por sustitución, el TEDH se basa en derechos de la niñez pero con arreglo a la jurisprudencia propia y basándose en la vida privada del niño o la niña pero no ha explotado lo que hace en otras materias, como por ejemplo en el caso de menores no acompañados etc. En estas otras resoluciones, no solamente ha trabajado más, no solamente lo ha mencionado; porque esta es la idea de la cita ad abundancia o exhaustiva a la que nos referimos.

La cita ad abundancia es cuando el TEDH diría por ejemplo “estos son los otros estándares internacionales” y menciona estándares internacionales europeos de la UE,

²⁴² TEDH; “Request no. P16-2018-001”; Esta opinión consultiva fue solicitada por el Tribunal de Casación de Francia al TEDH antes de tomar una decisión. Las preguntas formuladas por el Tribunal de Casación en su solicitud de dictamen consultivo son las siguientes

"1) Al negarse a inscribir en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones los datos del certificado de nacimiento de un niño nacido en el extranjero como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución, en la medida en que el certificado designa a la "madre intencional" como "madre legal", mientras que acepta la inscripción en la medida en que el certificado designa al "padre intencional", que es el padre biológico del niño, ¿se extralimita un Estado parte en el margen de apreciación que le confiere el artículo 8 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales? A este respecto, ¿debe establecerse una distinción en función de si el niño ha sido concebido o no utilizando los óvulos de la "madre intencional"?

2. En caso de respuesta afirmativa a cualquiera de las dos cuestiones anteriores, ¿la posibilidad de que la madre prevista adopte al hijo de su cónyuge, el padre biológico, siendo éste un medio de establecer la relación legal madre-hijo, garantizaría el cumplimiento de los requisitos del artículo 8 del Convenio?". Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]})

regionales, incluso del Sistema Interamericano a veces y sobre todo de Naciones Unidas, universales. Claro, una cosa es citarlos, que están estos estándares pero luego no los utiliza en su máxima expresión. Los cita para decir que conoce y que existen pero no les están empleando en un máximo aprovechamiento.

9. *El Sistema Interamericano suele citar e interpretar resoluciones y mociones de otros organismos internacionales de derechos humanos. El Sistema europeo no suele citar tanto a otros tribunales de forma explícita. ¿A qué se podría deber?*

En este ámbito tiene una jurisprudencia limitada a diferencia de la Corte IDH que si cita al Tribunal Europeo y es más exhaustivo. Es necesario que no solo se citen los estándares de los derechos del niño, sino que se deben tomar en cuenta y compararlos como parte del contenido del propio artículo ocho de la vida privada del niño o de la niña del CEDH.

10. *¿Qué postura han tomado los máximos Tribunales españoles?; Tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional ¿Han implementado un enfoque de niñez frente a la temática de gestación por sustitución?*

Tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo han tenido menos enfoque de la niñez y más enfoque en la protección de las mujeres. En este caso concreto hay un matiz, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español sobre la gestación por sustitución si ha asumido de forma directa la jurisprudencia del TEDH y además ha asumido literalmente en una sentencia que era muy parecida al caso que se planteó en Francia y que dio lugar al caso *Menesson* y la posterior Opinión Consultiva.

Lo curioso es que aunque España no ha adoptado todavía el Protocolo 16 al CEDH; España no puede formular peticiones, pero ha aceptado el Tribunal Supremo Español la doctrina del TEDH. Esto está muy bien, desde el punto de vista interpretativo porque por esta vía ha incorporado un plus en la protección de la niñez. Ha aceptado el caso *Menesson* que llegó a través de la Opinión Consultiva que era sobre Francia pero la asume literalmente España.

En el Protocolo 16 se citan no solo las opiniones consultivas, incluida la de gestación por sustitución de Francia sino la sentencia del Tribunal Supremo con los extractos correspondientes de la Opinión Consultiva del TEDH.

Hasta ahora el Tribunal Supremo solo ha aceptado en una ocasión las resoluciones de los órganos internacionales de derechos humanos como vinculantes. Y fue en una sentencia de 2018 sobre protección sobre derechos de las mujeres, es decir asumiendo un dictamen de la CEDAW. En cambio en otras decisiones de otras organizaciones internacionales que no son tribunales como tal formalmente, el Tribunal Supremo no lo admite, dice que no son vinculantes. Esto lo tuvo que haber aplicado con otros comités que tienen un funcionamiento judicial, como por ejemplo el Comité Europeo de Derechos Sociales.

La postura del Tribunal Constitucional es muy parecida, no ha admitido el valor vinculante de las resoluciones de órganos internacionales que no sean el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, la Corte Internacional de Justicia o el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Es decir de todo organismo que no sea un tribunal.

11. *¿Cómo se desarrolla el control de convencionalidad en España respecto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos?*

Un paso interesante en la internacionalización del TEDH, es que el 20 de diciembre de 2018 en la sentencia 140-2018 en el fundamento jurídico 6 reconoce explícitamente el control de convencionalidad; hasta entonces el Tribunal Constitucional había negado siempre que un tribunal ordinario o inferior pudiera aplicar una norma internacional o su interpretación internacional por la instancia correspondiente, que pudiera prevalecer en caso de conflicto sobre la norma nacional.

Esto está más desarrollado en el Sistema Interamericano, la Corte IDH sobre el control de convencionalidad ha tenido una postura más amplia y muy bien fundamentada a la Convención de Viena. Esto normalmente a los Estados no les gusta cuando se emiten determinadas decisiones. Pero en realidad no se está para complacer a los Estados sino para proteger a las personas y sus derechos, en este caso, la niñez.

La postura del Tribunal español todavía es muy restrictiva aunque se haya abierto por esta sentencia de 2018: esta decisión ha sido aislada porque no la ha vuelto a reproducir como su propia jurisprudencia. A partir de ahí, los órganos judiciales ordinarios sí que empezaron a tener una actitud más abierta hacia el derecho internacional.

Considero que el canon internacional es también canon constitucional, esta es la postura correcta por una razón muy sencilla y es lo que se debe defender. Llevo defendiendo el control de convencionalidad desde 2008 pero tuve que esperar 10 años hasta 2018 para que el Tribunal Constitucional me diera la razón. Esto estaba asumido en Francia y en otros países y sobre todo en el Sistema Interamericano.

12. *¿En qué consisten el contra límites en el derecho Internacional de los Derechos Humanos? ¿Se aplica en el TEDH?*

La teoría de los contra límites actualmente solo se utiliza por la Corte de Luxemburgo, el Tribunal Europeo de Justicia. La teoría de los llamados contra límites es justamente una teoría opuesta del margen de apreciación nacional. Con el margen de apreciación lo que se pretende es favorecer a los Estados en detrimento de los derechos, en perjuicio de los derechos, mientras que en el caso de los contra límites lo que se hace es: si, favorecer a los Estados pero cuando los Estados proponen un estándar que supere a los estándares internacionales.

El Tribunal Europeo de Justicia en ocasiones en aras de la llamada armonización del derecho de la Unión, lo que hace es armonizar a la baja, reduciendo la protección. Y algunos Estados le han plantado sus estándares. Los contra límites nos dicen que cuando un Tribunal Internacional limita la protección de derechos, yo tengo derecho a establecer o mantener un estándar constitucional que tradicionalmente en mi país es más elevado. Esto es muy excepcional.

En los dos casos, en el margen de apreciación como en los contra límites es dar prevalencia al Estado pero en el margen de apreciación es el Estado a la baja, mientras que los contra límites es para el alza siempre que el objetivo sea proteger más.

13. Varias expertas consideran que en la gestación por sustitución comercial no se puede garantizar siempre la preservación de la identidad de la niñez y otros derechos fundamentales. Además de configurar una delito internacional de venta, puede configurarse como un delito de trata de personas tomando en cuenta a las madres gestantes en situación de vulnerabilidad, por ello expresan que la gestación por sustitución puede dar lugar a la configuración de crímenes de lesa humanidad. Me gustaría conocer su opinión al respecto:

Como vía de reflexión si me parece importante porque ya sea poniéndolo en conexión con la trata de personas, cuando hablamos de delitos de lesa humanidad los estamos conectando sobre todo con la tipificación del estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. En el caso de situaciones como la agresión de Rusia a Ucrania sí se podría entender más fácilmente que se puede dar un favorecimiento o motivados por esta situación de conflicto que dé cabida a mafias. Ahora debemos trasladar esa reflexión en casos extremos como Ucrania en caso de guerra o cuando no hay un conflicto, donde puede haber trata aunque no haya guerra.

En este caso habría que avanzar en el Derecho Penal Internacional que no deja de ser Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Ahí dependerá mucho de la tipificación que haya de la trata en el ámbito interno, especialmente si hay normas procesales que van en esa línea. Me explico, si en el país donde se está produciendo la trata, para proteger la identidad de la niñez, existe por ejemplo la posibilidad para la jurisdicción interna de poner en marcha la justicia universal o la justicia extraterritorial, esto abonaría y daría un plus para confirmar que efectivamente lo podríamos configurar como un delito de lesa humanidad.

Aunque no estén estas normas procesales también porque al final están los estándares internacionales que hay que asumir. Hay que identificar el grado de responsabilidad de Ucrania por ejemplo: cuando se pone en juego el mecanismo internacional, cuando es la configuración de la Trata de Personas, está involucrado más de un Estado, tanto el estado del que proceden los niños y las niñas que son objeto de trata, como el Estado destinatario o beneficiario de esa barbaridad.

En el caso de la justicia internacional, la Corte Penal Internacional actúa con arreglo al principio de subsidiariedad, si los tribunales internos pudiendo, no lo hacen. O, teniendo en cuenta el principio de disponibilidad, les falta la voluntad jurisdiccional de llevarlo a cabo. En estos casos podría haber varias vías.

14. ¿Qué vía se podría tomar respecto de Ucrania y la niñez gestada por sustitución que salió en los periódicos al inicio del conflicto internacional?

En el caso de Ucrania, podría ser que se activara por parte de algunos Estados, la justicia extraterritorial, sobre todo de otros estados europeos. Que aclaro que pueden ser otros Estados porque si es justicia universal, pero operada desde el ámbito nacional cuando no hay voluntad o imposibilidad jurisdiccional en el país en el que se está produciendo la violación in loco.

Si, habría que trabajar esta vía sobre todo para movilizar a los propios tribunales y poderes públicos en este caso de Ucrania. Cuando hablamos de justicia universal o extraterritorial operado por un tribunal nacional, no suele gustar al Estado bajo cuya jurisdicción se han producido estos delitos de lesa humanidad; no les gusta porque creen que se llega a dar lecciones de democracia y derechos humanos, pero a veces en estas circunstancias es necesario desde cualquier Estado con tal de proteger y garantizar acceso a la justicia. Es la activación de justicia extraterritorial y un día puede venir de los países que actualmente están en esta situación.

15. *¿Es necesaria la investigación doctrinal en este caso?*

Cuando hay una jurisprudencia evolutiva llega ese momento de preparación y de consolidación, por lo tanto, la tarea de los juristas es hacer propuestas para mejorar. Es necesaria la propuesta doctrinal para que cuando un Tribunal internacional o nacional se enfrenta a esa situación, ya haya un soporte doctrinal, teórico y de investigación. Esto permite prevenir y evitar más daños.

16. *¿Sería oportuno la adopción de medidas cautelares a nivel regional en el caso de la niñez gestada por sustitución en Ucrania debido a su situación de total desprotección y la falta dificultad para inscribirlos en un registro? En caso de que lo considere. ¿Cómo se puede activar este mecanismo?*

Para que intervenga el TEDH tendrían que haber demandas que plantearan por parte de las víctimas directas o indirectas. La legitimación activa en el caso del TEDH es más restringida que en el caso de la Corte IDH, pero si se puede en nombre de las víctimas directas presentar una demanda. A efectos de que fuera posible que el TEDH interviniera pidiendo la adopción de medidas cautelares. Hay un problema adicional, que en este caso posiblemente no es necesario el agotamiento de recursos internos por la situación sistémica del país. Aquí se aplica la misma doctrina de la Corte IDH, que cuando los recursos son ilusorios porque no son efectivos, no haría falta agotar los recursos internos.

Si, se podría activar un mecanismo para demandar a Ucrania en este caso para pedirle como medida cautelar que trate a estos niños que están en ese limbo como mínimo como que fueran apátridas. Como están en un limbo, sin nacionalidad, precisamente sería oportuno tratarlo como situación de apatridia.

Otra vía aunque en este caso no es parte Ucrania; el Comité Europeo de Derechos Sociales tiene esa protección en el artículo 17 de la Carta Social Europea; esta protección es sin reconocer directamente, pero sí que se deriva lo que llamamos la protección económica, social y jurídica de la niñez que está en el artículo 17 de la Carta Social Europea.

El problema es que aquí no se puede interponer una reclamación colectiva porque Ucrania no ha aceptado el procedimiento de reclamación. Pero como si es parte en la en la Convención Europea, ahí si se podría movilizar en nombre de estas personas, de niñas y niños, lo que es infancia y adolescencia, movilizarse para plantear demandas y que esas demandas fueran aparejadas con otorgamiento inmediato de medidas cautelares.

Aquí habría mucha oposición de Ucrania, no solo por el recelo que tienen los Estados cuando se les emiten medidas cautelares. Otra diferencia entre el Sistema Interamericano y el sistema europeo en el tema de medidas cautelares está en la propia Convención, tienen el aval del propio tratado y por lo cual los Estados no se oponen mucho. Mientras en el TEDH las medidas cautelares están en el reglamento interno del TEDH en su artículo 39.

Esta reticencia se ha ido superando y la práctica del artículo 39 del reglamento del TEDH cada vez se va respetando más por los Estados. Esto sería novedoso porque no se ha hecho todavía, porque tampoco se había dado esta situación. El derecho está para adaptarse a la realidad y si la realidad cambia, el derecho tiene que estar para adaptarse.

La idea de las medidas cautelares es justamente eso, evitar un daño irreparable, y entonces el principio de *Fumus Bonis Iuris*, apariencia de buen derecho es justamente para evitar la violación o la perpetuación de una violación que ha podido ya comenzar, que en estos casos es evidente. Yo considero que si no se aplica en supuestos como estos de flagrantes violaciones y donde están víctimas vulnerables, en este caso la niñez, ¿entonces para qué sirve el derecho? Tiene total sentido la reflexión que haces. Creo que habría que movilizarse en este sentido.

17. ¿Es necesario agotar recursos internos para solicitar medidas cautelares al TEDH?

En el Sistema Europeo sí que es requerido agotar la vía previa para llegar al TEDH y pedirle medidas cautelares. No tenemos un órgano como la CIDH, pero en el caso que estamos diciendo, cuando el sistema está desestructurado totalmente porque está colapsado por la guerra, no haría falta la regla del agotamiento de los recursos internos, porque es ilusoria, no son efectivos y por lo tanto se podría acudir directamente demandando.

18. ¿Pueden solicitarse medidas colectivas en el SEDH?

En el TEDH, la mayoría de medidas cautelares que se han adoptado han sido individuales y no han tenido esta proyección colectiva que si lo tienen en la CIDH. En el TEDH se han otorgado medidas cautelares cuando han habido expulsiones colectivas que son una vulneración de derechos humanos a personas extranjeras, que es una vulneración del Derecho Internacional, incluido el CEDH del protocolo número siete, pero son casos puntuales de expulsiones colectivas.

En los demás casos, han sido casos individuales de personas que han sido sometidas a penas de muerte o casos en los que se vulnera el principio de no devolución. Sin embargo, casos como estos no hay, y estos casos es a los que hay que darle mayor visibilidad.

19. ¿Qué opinión tiene sobre el sistema de Medidas Cautelares de la CIDH respecto de que no son vinculantes pero si políticamente relevantes?

La importancia de las medidas cautelares en la CIDH a pesar de no ser vinculantes es que es un ejemplo de cómo pueden haber órganos judiciales nacionales que hacen referencia a estas medidas que están siendo otorgadas desde un organismo internacional que tiene credibilidad y que por tanto es un estándar internacional que tengo que respetar, incluso de acuerdo con mi orden constitucional²⁴³. Y esto es asumido por un juez o jueza nacional.

Recuerdo cuando fueron los atentados terroristas de las torres gemelas en el 2001 que se abre este Centro en Guantánamo, entonces ahí se planteó toda la barbaridad de las violaciones a las personas detenidas ahí. Son personas, y aunque se identifique que han cometido crímenes, la dignidad debe ser garantizada. Ahí la CIDH intervino y ahí se mencionó que la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre le vincula a Estados Unidos para indicarle que a las personas detenidas en Guantánamo no se les torturará más, o no se les tratara como no combatientes porque así quedaban en un limbo que es justamente lo que estamos hablando.

Estados Unidos les llamaba no combatientes para aplicarles el derecho penal del enemigo, entonces la CIDH le dice que no y le otorgó estas medidas a los beneficiarios. Obviamente Estados Unidos como país no las iba a aceptar. Hubo una jueza nacional que si indicó en algunas situaciones concretas esas medidas cautelares de la CIDH y las asumió. De cara a la opinión pública, les afecta a los Estados, pero es muy importante, tiene su peso.

²⁴³ CIDH; Medidas Cautelares; Parr 57. El 12 de marzo de 2002 “la Comisión otorgó medidas cautelares en favor los detenidos por los Estados Unidos en Guantánamo Bay, Cuba. Según la petición en que se solicitaban las medidas, aproximadamente 254 detenidos eran retenidos por Estados Unidos en su Estación Naval de la Bahía de Guantánamo, Cuba, en instalaciones conocidas como “Campo Rayos X”. En la solicitud se sostenía también que los detenidos en la Bahía de Guantánamo corrían riesgo de sufrir daño irreparable, ya que Estados Unidos se negaba a tratarlos como prisioneros de guerra hasta que un tribunal competente determinara otra cosa conforme a la Tercera Convención de Ginebra de 1949 relativa al Tratamiento de los Prisioneros de Guerra, ya que habían sido mantenidos en incomunicación arbitrariamente y por un período prolongado e interrogados sin tener acceso a asistencia legal, y porque algunos de ellos corrían peligro de ser juzgados y posiblemente sentenciados a muerte ante comisiones militares que no respetaban los principios establecidos de Derecho internacional. En consecuencia, sin prejuzgar sobre la posible aplicación del Derecho internacional humanitario a los detenidos de Bahía de Guantánamo, la Comisión consideró que las medidas cautelares eran apropiadas y necesarias en las circunstancias del caso para garantizar la aclaración de la situación jurídica de cada uno de los detenidos y el otorgamiento a los mismos de mecanismos legales de protección congruentes con su situación. La Comisión también solicitó al Estado que informara dentro de un plazo de 30 días sobre el cumplimiento de las medidas previstas por la Comisión, y que hiciera lo propio ulteriormente en forma periódica”. Disponible en: <http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm> <https://ccrjustice.org/home/what-we-do/our-cases/boumediene-v-bush-al-odah-v-united-states>

Entrevista III:

a) **Excmo. Dr. Jorge Cardona Llorens**

Licenciado en Derecho (Universidad de Valencia, 1979)

Doctor en Derecho (Universidad de Valencia, 1983)

Catedrático de Derecho Internacional Público | Miembro Asociado del Institut de Droit International | Antiguo Miembro del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas | Departamento de Derecho Internacional "Adolfo Miaja de la Muela" Facultad de Derecho.

Sobre: “Estructura Universal de Naciones Unidas y su sistema de protección frente a los Derechos de la niñez gestada por sustitución y el enfoque de niñez”

Objetivo: Conocer en la práctica como se activan los mecanismos de protección que pueden tener una incidencia directa en los Estados y en los derechos de la niñez gestada por sustitución en Estados que lo regulan de forma positiva; Y, profundizar sobre la importancia del enfoque de niñez especializada desde las Organizaciones Internacionales

Dirigida a:

- VII. Organizaciones internacionales y Tribunales Internacionales de Derechos Humanos para implementar el enfoque de niñez a través de su respectiva especialización en la materia para la toma de decisiones e interpretaciones judiciales; y, la necesidad de contar con la representación de niños y niñas de conformidad a su autonomía progresiva.
- VIII. A Organizaciones de la Sociedad Civil Organizada y Organizaciones No Gubernamentales para conocer el funcionamiento de la activación de los mecanismos de protección universal.
- IX. A los Estados, para cumplir con obligaciones internacionales a través de decisiones coherentes con el respeto, garantía y protección de los derechos de la niñez.

1. *¿En qué tipo penal internacional encaja la gestación por sustitución desde el enfoque de niñez?*

Entra en el marco 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 sobre la Convención de los Derechos del Niño. Así se ha expresado el Comité de los Derechos del Niño en varias ocasiones. Llamarlo delito de lesa humanidad es tal vez excesivo.

En el Informe de La Relatora Especial sobre Abuso Sexual; ahí ella se apoya en el Protocolo de Venta y no en la de Trata. La venta es muy específica, puede no haber trata y si haber venta. Normalmente cuando hay trata en la infancia, suele haber venta. Pero no siempre que hay venta hay trata. Por ello hay dificultades con la maternidad subrogada cuando se ciñe a la venta. Las últimas observaciones que se hicieron a México, el Comité de los Derechos del Niño le pide a México que derogue esa ley por ser contraria a la Convención.

2. *¿Es necesario enfocar más en la niñez la gestación por sustitución ya que suele verse solo desde la perspectiva de género y los derechos de las mujeres? ¿Cuál es su opinión al respecto?*

En mi opinión, el enfoque solo desde la perspectiva de género es erróneo y lo es porque hoy ya existe la tecnología para sustituir el útero materno por una máquina²⁴⁴. Si se va por este camino, se terminaría con la explotación de las mujeres, pero no termina con el hecho de que sigan acudiendo a la gestación por sustitución y siga en desprotección la niñez.

Desde mi punto de vista, con independencia de que exista o no la explotación de mujeres y que los derechos de las mujeres estén en juego, la desprotección de la niñez está siempre. Luego si interviene una persona cercana o familiar que lo haga voluntariamente, no figuraría el tema de la explotación pero si hay una venta de niños.

3. *La tipificación de la venta de niños y niñas en la gestación por sustitución internacional comercial se pasa por alto. ¿Los discursos y la presión pueden tener algo que ver con la normalización de este delito?*

Es el núcleo central, es cierto que el primer informe que hizo la Relatora Especial sobre venta de niños, prostitución y abuso sexual donde consideró que la maternidad subrogada es venta, pero luego hizo un segundo informe en el que corrige esa posición por la presión de bastantes Estados que se opusieron a la situación. En el primer informe se acierta mucho.

²⁴⁴ El Confidencial; Kardoudi, Omar; “La madre robot china que puede gestar humanos artificialmente” Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-02-03/china-maquina-capaz-gestar-embriones-humanos_3368815/

4. *¿Cómo se podría superar el tema de preservar el derecho a la identidad de la niñez? Y, ¿Qué problemas se seguirían enfrentando en la ilegalidad de esta práctica comercial internacional de venta de niños?*

El tema de los orígenes de una persona puede ser abordado al permitir que la persona conozca sus orígenes biológicos, pero existen otros aspectos a considerar. Por ejemplo, se puede argumentar que el vínculo filial está determinado por la carga genética del padre, independientemente de que el embrión haya sido gestado en el útero de otra persona. Sin embargo, afirmar que estos son los únicos orígenes de una persona podría tener un impacto emocional significativo durante la infancia y, en última instancia, puede causar tristeza. Por lo tanto, aunque el acceso a los orígenes biológicos puede ser un paso importante, no es el único problema que se enfrenta.

En realidad el derecho de la persona que busca sus orígenes, en cuanto sabe que es maternidad por subrogación, puede consecuentemente dejar de tener interés por su origen una vez lo sepa. Porque la donación de un espermatozoide no es una filiación real, querrá saber del útero del que vino, que si consta pero que no hay registros. La búsqueda del origen se da especialmente en los niños y niñas adoptados porque hubo una madre y un padre y luego quieren saber quiénes eran y por qué les dieron en adopción.

Es cierto que uno de los obstáculos en la gestación por sustitución es el derecho al conocimiento del origen, pero no es el mayor de los obstáculos. El problema es la venta en sí y todo lo que conlleva.

5. *El TEDH ha resuelto algunos casos sobre la gestación por sustitución de Estados demandados que prohíben esta práctica expresamente. ¿Cómo se podría resolver teniendo en cuenta el enfoque de niñez en la gestación por sustitución?*

El problema del TEDH, es que carece de una perspectiva de los derechos del niño. Se pueden reconocer más los derechos formales que los sustantivos en casos en donde están implicados niños, se necesita de experticia necesaria en la materia de niñez. En este sentido las sentencias del TEDH han ido a buscar cómo proteger el interés superior de la niñez en aquellos países donde está prohibido, es también porque se han presentado estos casos desde los padres intencionales. Sería más complejo resolver cuando los demandados son países que lo regulan y no lo prohíben.

Entonces en estos casos, buscando proteger el interés superior de la niñez, se reconoce la filiación para que no se quede sin ella. Pero en el fondo, en los países donde se prohíbe, se considera contrario al orden público el contrato.

Por lo tanto un contrato, realizado en contra del orden público nacional, no puede tener efectos; y el interés superior de la niñez se puede salvaguardar de otras formas. ¿Cómo? Cogiendo al menor y diciendo que como no se reconoce validado ese contrato de subrogación, este niño está en situación de desamparo, por lo tanto se integra en el Sistema de adopciones. Pero claro, esto es una revolución dentro de un Estado.

6. Desde algunos medios de comunicación social, se suele dar un matiz conveniente a esta práctica. Por lo tanto, la sociedad suele reaccionar y moverse por la apariencia que se le da a las noticias y se cree que los Estados están siendo muy restrictivos con la niñez al prohibirles a los comitentes las inscripciones. Pero desde la protección jurídica e integral que conlleva la prohibición ¿Cómo se puede dar a entender a la sociedad que esto es jurídicamente y éticamente correcto?

Actualmente hay muchos lobbies en favor de la gestación por sustitución desde diferentes ámbitos, especialmente los padres de intención dirán “¿Cómo van a arrancarme al niño?”.

Daré un ejemplo; uno de los movimientos de opinión pública y sociales más fuertes que se produjo en España fue con una ocasión de unos padres que habían hecho una adopción internacional en Colombia. Ellos realizan el proceso de la adopción internacional conforme con toda la legislación colombiana y española, llegan al país, reciben al niño, y los primeros días es para acercarse; y, al final, cuando el niño ya tenía tres o cuatro años, se lo llevan al hotel y al llegar al hotel, subiendo en el ascensor el niño hace sus heces encima y el padre adoptivo le riñe y le da una bofetada. El encargado del ascensor del hotel lo ve y al llegar abajo lo comunica y presentan una denuncia contra el padre por maltrato. El juez colombiano anula la adopción y regresa al niño al Centro de protección donde se encontraba.

Esto provocó un movimiento de medios sociales en España de amarillismo, titulares como “Les han quitado al niño”, y una parte de la realidad. El juez hizo lo correcto porque era un padre violento y no podía aceptarse este comportamiento en detrimento de los derechos del niño. Y lo que pasa acá es que algunos o la mayoría de movimientos sociales o comunicacionales se mueven por el sentimiento pero dependiendo de cómo se emplea la información, más que por principios jurídicos.

Aquí con el tema de la maternidad subrogada nos ocurre lo mismo, dicen “¿Cómo le van a quitar al niño con todo lo que ha hecho para tenerlo? ¿Con todo el dinero que ha pagado?, ahora que es suyo, son padres ideales”; pero esto es un sesgo, puede serlo como no pueden serlo, no existe ningún control de idoneidad en la gestación por sustitución que si existe para la adopción. Y no siendo un niño suyo, que no lo es, no puede ser que se le entregue un niño sin ningún control de idoneidad. Es pertinente que la niña o el niño vayan a una familia que haya sido declarada idónea para un niño con ciertas características específicas y en tal situación.

Esta es la solución, que desde el principio pudieron haber adoptado. Toda esta presión social de lobbies, y del negocio que hay detrás, los medios de comunicación están interfiriendo en que prefieran acudir a esta TRA en vez de adoptar en el Sistema y cumplir de forma debida con el principio de idoneidad.

El negocio de agencias oficiales que hacen publicidad por ejemplo en España para realizar contratos ilegales. Es una situación absurda que en relación a la maternidad subrogada, no puedo entender, es un tema sensible en el cual deben anular estos contratos y proteger a la niñez es lo que se debe de hacer. En la maternidad subrogada cualquier persona puede llevarse, comprar a un niño porque no existe el principio de idoneidad.

Es el problema de lobbies, intereses, y personas que creen sinceramente que es un hecho que se produce y que por lo tanto hay que reconocerlo jurídicamente. Considero que este es un razonamiento irracional porque son muchos los hechos que se producen en la sociedad y que no deberíamos reconocer jurídicamente y los tenemos prohibidos. Entonces al final el hecho de que exista como fenómeno social, no siempre se puede llevar a su legalización.

7. Algunas expertas y expertos consideran que la gestación por sustitución podría configurarse como un delito de trata de personas, sin embargo no dejan a un lado considerar también la venta, sobre todo en el caso de la niñez. ¿Puede estar ligado una tipificación de venta con la de trata de personas en la configuración del delito tomando en cuenta que en esta última no se necesita probar el medio sobre el consentimiento y situación de vulnerabilidad?

La definición de venta es “la entrega de un niño a cambio de una contraprestación económica o de otra índole”. Y el Comité de los Derechos del Niño ha insistido mucho en diferenciar la trata de la venta. La venta es un tipo específico, aquí estamos en una situación de venta que no necesariamente tiene una contraprestación económica por su definición en el Protocolo.

El protocolo 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 cualquier otra retribución”. Entonces si nos enfocamos en la maternidad subrogada veremos que siempre hay venta.

En la trata nunca puede haber consentimiento de un niño, es más fácil identificar que cumple con el concepto para identificar en niñas y niños. Sin embargo el concepto jurídico que está ampliamente ratificado es el Protocolo por 178 Estados parte²⁴⁵.

De hecho el concepto de venta incluye también la adopción cuando hay contraprestación, es decir lo dice explícitamente el Protocolo entre los tipos de venta de niños, la venta para la adopción, e incluye también la venta de órganos. Entonces en cuanto hay una contraprestación estamos en una situación de venta que no tiene porqué ser dineraria.

El problema con la trata es que se necesita justificar más los elementos de la trata y en la venta no se tienen que justificar. El artículo 3 del Protocolo sobre venta dice:

a) En relación con la venta de niños, en el sentido en que se define en el artículo 2:

i) Ofrecer, entregar o aceptar, por cualquier medio, un niño con fines de: a. Explotación sexual del niño; b. Transferencia con fines de lucro de órganos del niño; c. Trabajo forzoso del niño;

ii) Inducir indebidamente, en calidad de intermediario, a alguien a que preste su consentimiento para la adopción de un niño en violación de los instrumentos jurídicos internacionales aplicables en materia de adopción;

²⁴⁵ Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography; “States parties”; Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>

Podría adaptarse a la gestación por sustitución que no existía cuando se hizo el Protocolo. El delito de venta es imprescriptible, es un protocolo de derecho penal, son tipos penales; se obligan los Estados a tipificarlo por el código penal.

Casi todos los Estados tipifican la trata pero no tipifican a nivel interno la venta, por ello en el examen que revisan los Estados cada cinco años con relación a este Protocolo se les exige y les dice que tienen que tipificar específicamente la venta. No nos vale la trata, porque la trata tiene una serie de requisitos más exigentes que la venta.

- 8. Desde las últimas publicaciones de medios internacionales de comunicación, no se conoce a ciencia cierta cómo esté la integridad personal de la niñez gestada por sustitución en Ucrania durante el conflicto internacional. La Ley ucraniana en materia de familia permite la gestación por sustitución, sin embargo, el registro tiene ciertas dificultades porque solo se puede con los padres comitentes en el territorio nacional. Llevar a cabo el registro es un desafío actual, ha pasado más de un año desde que se está en conflicto, y probablemente las instituciones tampoco estén funcionando como antes. ¿De qué forma les podría impactar el inhibirles de este derecho a registro?**

Habría que ver si estos niños se han registrado o no se han registrado; no se sabe si los padres de intención siguen interesados en ir por estos niños o han abandonado y conocer que ocurre de acuerdo con la ley ucraniana cuando se renuncia al contrato. Este es uno de los varios problemas que tiene la maternidad subrogada, cuando ha nacido el niño por ejemplo con algún problema genético y entonces la madre de intención y la biológica no quieren a este niño. Habría que ver si hubo renunciadas o no; a lo mejor si ha habido alguna y habría que ver la situación jurídica que entonces se plantea.

Pero desde la perspectiva de los derechos de los niños, el derecho al registro es un derecho clarísimo y principal porque abre la puerta a todos los derechos, a su reconocimiento jurídico; estos niños tienen derecho a ser registrados desde su nacimiento. ¿Qué puede implicar ello? Pues puede implicar que sean registrados en Ucrania como niños ucranianos y luego reconocer el contrato de paternidad subrogada y se cambie el registro. No garantizar el derecho a un registro es una violación de un derecho fundamental.

- 9. Justo al inicio de la guerra, se ha publicado una entrevista a un Director de una agencia intermediaria en Ucrania, en la cual expresa naturalidad y poca empatía, a su vez poca consciencia sobre la realidad de la situación al expresar que la gestación por sustitución comercial permite a las mujeres ingresos económicos que es mejor que la prostitución. De igual forma, se publica una entrevista a una mujer que al comienzo del conflicto, expresa su preocupación por que acepten al bebé y que con el dinero construirá su casa. ¿Qué opina sobre esta exposición de estos hechos, siempre viéndolo desde enfoque de niñez?**

El sentimentalismo que se coloca detrás de todo esto también hace campaña. Esta idea de “gracias a esto, alguna mujer pudo salir adelante, e hizo feliz a unos padres”, es un hecho ilícito.

El caso más dramático que he conocido, para ser explicativo, es un caso que se conoció en Kosovo; después de la guerra se descubrió que había una granja de niños; en ese lugar mantenían a los niños vivos hasta que eran vendidos sus órganos, ellos los abrían en canal y distribuían esos órganos a diversos países. Esta narrativa de que esos niños iban a morir en la guerra que fueron recogidos, y gracias a ello “se ha dado vida a muchos niños que habrían fallecido”; esta es una criminalidad atroz. Cuando nos damos cuenta de una persona que se dedica a criar niños como animales para vender sus órganos abriéndolos en canal como si fueran cerdos, nos damos cuenta de la brutalidad que esto supone²⁴⁶.

10. En la criminalización de la gestación por sustitución, pueden verse implicadas las madres gestantes. ¿Cómo se le puede dar tratamiento cuando están en situación de vulnerabilidad las madres gestantes?

En estos casos, debemos ser enfáticos, sí, se están vendiendo niños, pero es complicado, porque en esta situación te encuentras con temas de trata, de prostitución, donde en muchas ocasiones la mujer gestante es una víctima de explotación. En la abrumadora mayoría de los casos estas mujeres son explotadas, se encuentran en una situación de especial vulnerabilidad. El tema de su criminalización es más complicado y habrá que identificar cada caso que no aplique.

11. Cuando los Estados tienen expresamente prohibida la gestación por sustitución de conformidad a Estándares internacionales y dan efectos jurídicos a los contratos en esta materia ¿Es una expresión contradictoria?

El reconocimiento de efectos jurídicos a contratos de gestación por sustitución deberían de ser nulos; y sobre todo, el grave problema es el reconocimiento de efectos jurídicos en países que lo declaran nulo. Por ejemplo, en España el contrato de gestación por sustitución es nulo, sin embargo le están dando efectos jurídicos.

Al respecto me referiré a un ejemplo; En la mayoría de Estados occidentales, el matrimonio de una niña es considerado nulo; se suele decir “Si este señor se ha ido a Irán y se ha casado con una niña de ocho años conforme con la ley iraní. Si viene a España, esa niña le es quitada, no es considerada esposa porque viola una norma básica del orden público nacional y se integra en el sistema de protección. No vale decir que donde lo hizo era legal.

Siguiendo con el ejemplo, esto no hace que tengas que reconocer los efectos jurídicos a ese contrato; muchas veces se plantean graves problemas porque esa niña viene aquí y es

²⁴⁶ Comentario: Una reciente propuesta en el mismo sentido de este ejemplo que ha causado aberración ha sido la propuesta en una investigación con el objetivo de dejar de aprovecharse de mujeres en situación de vulnerabilidad en la gestación por sustitución a cambio de utilizar cuerpos de mujeres con muerte cerebral como técnica de reproducción asistida. Esta propuesta ha generado poco debate con relación a los dilemas éticos, sin embargo, la poca atención que se ha dado, hay personas que refutan y se ven indignadas con esta propuesta y expertos en medicina que si lo consideran. Las propuestas en las técnicas de reproducción asistida deben de estar en constante monitoreo para evitar violaciones a los derechos humanos. Smajdor, Anna; Whole body gestational donation”. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11017-022-09599-8#Abs1>

integrada en un Centro de Protección con todo los problemas que lleva consigo para la niña, pero no se puede reconocer efectos jurídicos de ese contrato donde ese señor se ha ido a Irán y ha comprado a una niña a cambio de una dote para abusar de ella sexualmente. El matrimonio infantil no puede ser reconocido. Esto se acepta por ahora con el tema de la subrogación; no se sabe si han comprado a ese niño para tenerlo en casa o para qué, porque luego no habrá ningún control al respecto.

12. *¿Están los Estados listos para consensuar el tema de la gestación por sustitución a nivel internacional?*

La Conferencia de la Haya lleva años discutiendo sobre la maternidad subrogada y no hay acuerdo. Las posturas de los Estados están muy enfrentadas; hay Estados en donde quieren hacer un tratado para el reconocimiento general de la maternidad subrogada y hay Estados que no quieren. A nivel internacional es muy complicado, no hay consenso, no hay una aceptación general. Hay muchos Estados que están dispuestos, ya sea porque lo han regulado en sus ordenamientos internos y por lo tanto no lo quieren cambiar, no quieren un tratado que prohíba. Y hay otros Estados que no quieren un tratado que permita, entonces en esta situación es difícil conseguir algún tipo de consenso.

13. *¿Existe algún mecanismo de protección para activar medidas cautelares en el Sistema Universal de Derechos Humanos?*

Están las medidas cautelares de carácter urgente que se pueden activar en casos de desapariciones forzadas. Y las medidas cautelares que se pueden adoptar en el marco de un procedimiento de una comunicación individual ante cualquiera de los Comités, a lo cual se debe acreditar que haya un riesgo de violación grave e inminente de un derecho. Solamente en estos casos se pueden adoptar medidas Cautelares.

14. *¿Cómo se activa este mecanismo de medidas cautelares universal? ¿Es parecido al mecanismo de solicitud de medidas cautelares regional del Sistema Interamericano de Derechos Humanos?*

Cuando el Comité conoce de una demanda individual, el demandante puede pedir una medida cautelar. La diferencia con el Sistema de Medidas cautelares en la CIDH es que ahí se puede pedir sin necesidad de presentar una demanda. Pero aquí presentando una demanda, se puede solicitar una medida cautelar ante el Comité de Derechos Humanos o ante el Comité de los Derechos del Niño.

Si entras a la página del Comité de los Derechos del Niño, se va al:

- a) Apartado de denuncias → Investigaciones y Jurisprudencia → y ahí hay un apartado que dice comunicaciones individuales. En las comunicaciones individuales se encuentran las directrices sobre medidas cautelares donde explica

cuándo, cómo y por qué se deben de conceder²⁴⁷. Deben de ser siempre en el marco de una demanda.

Habría que presentar una demanda y para eso habría que haber agotado los recursos internos a menos que se demuestre que se imposibilita agotar estos recursos porque es inaccesible o su inutilidad. El otorgamiento de las medidas cautelares en el marco de los derechos de la niñez se aplican en el máximo de cuarenta y ocho horas. Hay que presentar la demanda con la solicitud de medidas cautelares y el Comité si considera que hay *Fumus Bonis Iuris* (aparición de buen derecho) podría ser admisible y otorgarse en cuarenta y ocho horas como máximo, puede ser menos.

15. ¿Quiénes pueden solicitar las medidas cautelares?

Puede solicitarlo directamente la presunta víctima o alguien en nombre de presunta víctima demostrando que tiene su consentimiento o que está actuando en el interés superior de la víctima.

16. ¿Quiénes resuelven sobre estas solicitudes en el marco de las demandas? Y, ¿Cómo es el proceso de comunicación?

El Comité está conformada por cinco miembros, los responsables de medidas cautelares; el Comité solo se reúne tres veces al año; el resto del año se recibe a través de correo electrónico. Con esta distribución en diferentes partes del mundo, siempre habrá alguien disponible.

Cuando se otorgan medidas cautelares, se le comunica por nota diplomática inmediatamente a los Estados. La Secretaría de Peticiones en Ginebra que es el que lleva todas las comunicaciones a todos los Comités y trabaja las veinticuatro horas, entonces ellos en cuanto tienen la decisión de los miembros del Comité, envían una nota diplomática a los Estados para que se adopte la medida cautelar. Y en la mayoría abrumadora de casos se adopta por los Estados.

17. ¿Cómo deciden adoptar la medida cautelar solicitada?

En cuanto tres digan que si o que no, se considera adoptada o rechazada porque es por mayoría que se decide adoptar.

18. ¿Estas medidas están expresados en los protocolos? Y ¿Qué carácter de cumplimiento tienen estas medidas?

Las medidas cautelares se consideraron como un principio general, el de medidas cautelares está en un Protocolo adicional. Hay protocolos que no las proveen explícitamente pero siempre se ha considerado que se pueden adoptar aunque no estén previstas. Estas medidas cautelares tienen un carácter obligatorio; la propia CIJ de la Haya

²⁴⁷ El redactor de estas directrices es el Dr. Jorge Cardona Llorens.

lo hizo en el asunto Lagrand donde define el carácter obligatorio de las medidas cautelares²⁴⁸.

19. ¿Qué casos se suelen ver en el mecanismo de solicitud de medidas cautelares en el sistema universal?

Muchos de los casos son de expulsión del territorio, que corren el riesgo de violaciones graves por el hecho de ser expulsados; también casos de repatriación o condenas de penas de muerte, en todos estos casos se suele tener mucha rapidez. Ejemplo de casos en donde tienen veinticuatro horas para ser expulsados, entonces se tienen que otorgar antes, sino después ya no sirven para nada porque ya están expulsados.

20. ¿Qué requisitos se necesita cumplir para solicitar una medida cautelar y pueda ser adoptada?

Los requisitos para otorgar las medidas cautelares están en las guidelines directrices²⁴⁹; dice que tiene que ser un riesgo inminente de un daño irreparable, esta es la clave. Pero aquí sí que el criterio es el mismo que en el del Sistema de Medidas Cautelares en la CIDH. En cuanto al daño irreparable en el caso de la niñez es diferente que la del ámbito de los adultos; el no ir a la escuela es un daño irreparable, esto ha sido considerado por el Comité de los Derechos del Niño, cuando el niño no está siendo escolarizado.

Lo anterior se hizo en el caso de Melilla en España, donde había una niña que no era escolarizada por política del gobierno y se obligó al Estado a escolarizarla porque el Comité va a tardar dos o tres años en decidir si tiene que escolarizarla, y ese daño sería irreparable. En un adulto no es igual, no puede alegar que no le dejan ir a la universidad, esto no es irreparable y puede ir dos años después a la universidad, pero en un niño si porque está en un proceso de desarrollo diferente.

**21. Algunas agencias intermediarias se suelen referir al “derecho a ser padres”
¿Existe un derecho a ser padres específicamente? O ¿es diferente al derecho a pertenecer a una familia?**

El derecho a ser padres no existe, una cosa es el interés a ser padre; yo tengo derecho a la familia, derecho al matrimonio pero no hay derecho a ser padres porque es una cuestión biológica, en este sentido no puede ser considerado un derecho. Podrá haber un interés y la voluntad pero no el derecho.

El derecho a tener hijos no aparece en ninguna parte; Sí existe la obligación del Estado a no poner obstáculos para que tengas hijos que es diferente. Este no solo es un tema que

²⁴⁸ CIJ, “LaGrand Case (GERMANY v. UNITED STATES OF AMERICA) JUDGMENT OF 27 JUNE 2001”, pp 473 par 11 numeral 3) sobre la decisión de fondo. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>

²⁴⁹ Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; “Guía para presentar una comunicación individual a los órganos de tratados de la ONU”; pp 2. Disponible en: <https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/Guidance-note-for-complaints-form-S.docx>

tiene que ver con la maternidad subrogada sino que va mucho más allá, una confusión que va en muchos ámbitos entre derecho e interés. Tenemos muchos intereses pero no significa que haya tantos derechos como intereses. El derecho no puede otorgar todo; algunos derechos sí, el derecho a un nivel de vida adecuado, a la salud, a la vivienda, a la educación pero no un derecho a tener hijos.

22. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sus resoluciones, especialmente haciendo referencia a las que he podido revisar sobre la gestación por sustitución, no suele citar exhaustivamente otros tratados internacionales sobre derechos específicas o temáticas específicas y solo señala textualmente a “otros convenios internacionales”; a diferencia de la Corte IDH que sí suele citar e interpretar más otros tratados internacionales. ¿Es necesario interpretar otros tratados y citar más en sus resoluciones?

Considero que al TEDH le hace falta el enfoque de niñez, costó mucho implementar el enfoque de género y el de situación de discapacidad. Ahora hay juezas y poco a poco se han ido introduciendo estas perspectivas de género. Pero en el tema de niñez y discapacidad, no hay niños ni personas en situación de discapacidad, ni especialistas en infancia. Esto hace que si no conoces a fondo un tema, no lo ves, no lo pueden ver.

Esto se explica también por el propio marco jurídico, la Corte IDH no solo interpreta la Convención Americana de Derechos Humanos, sino que incorpora cualquier otro tratado que tenga que ver con Derechos Humanos y que haya sido ratificado por el Estado demandado. Conforme a la doctrina de la Corte IDH, relativa a la interpretación del artículo 19 que es relativo a los derechos de los niños; ellos han considerado que este artículo introduce un círculo de protección en el que se incorporan todos los tratados empezando por la Convención de los Derechos del Niño dentro de la Convención Americana.

Es decir que aplicando la CADH aplican la Convención de los Derechos del Niño y aplican incluso las observaciones generales. No emite una opinión consultiva porque ya el Comité de los Derechos del Niño ha emitido una observación general en la que ha interpretado. Esto es precisamente porque la CADH permite la incorporación de otros tratados y por tanto da una competencia especial; no ocurre así con el Convenio Europeo de Derechos Humanos y de hecho el Tribunal es especialmente cuidadoso de evitar en la medida de lo posible la aplicación de otros tratados de derechos humanos.

Un caso muy concreto de un asunto de hace un año y medio, de una chica que se llama Mara, con síndrome de Down a quien se le había quitado el derecho al voto, ella tras agotar los recursos internos, acude al Tribunal Europeo de Derechos Humanos e invoca que debe de ser interpretado el Convenio Europeo a la luz de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ratificada también por España²⁵⁰.

Y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos dice literalmente “es posible que se haya violado algún otro tratado de Derechos Humanos pero la función de este Tribunal es aplicar el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el CEDH no ha sido violado”.

²⁵⁰ TEDH, Caamaño Valle v. Spain, n.º 43564/17, 11 de mayo de 2021

Entonces reconoce. Pero ¿Qué hay detrás de todo esto? Cuando el Tribunal interpreta el CEDH, esa interpretación va a ser oponible no solo al Estado demandado sino a todos los Estados, y no todos los Estados han ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y algunos habían hecho la reserva a ese artículo de la capacidad y del derecho de voto y por tanto si yo interpreto la Convención Europea a la luz de ese tratado, eso es abrirle la puerta a todos.

También, se ha convertido cada vez más en un Tribunal Conservador y tiene que ver con la representatividad y las previas experiencias; cada vez actúa menos como defensor de los derechos humanos y más como abogados de los Estados.

ANEXO II



Foto: Sofía Soler/ RTVE ²⁵¹



Foto Francisco Argerich Hoffmann / Enviado Clarín²⁵²

²⁵¹ Soler Sofia; RTVE; “Guerra en Ucrania El limbo de los bebés nacidos de madres de alquiler durante la guerra en Ucrania: “Pueden ser objeto de explotación”; Imagen, 28.03.2022 | 09:08 horas; Foto; Disponible en: <https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml>

²⁵² Argerich Hoffmann, Francisco; Clarin Mundo; “Clarín accedió en exclusiva a una maternidad a salvo de las bombas donde 15 bebés esperan ser retirados por sus familias”. Foto Francisco Argerich Hoffmann

VII. BIBLIOGRAFÍA

1. 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, XXVII 2017/2^a, pp. 177-197. Disponible en: https://www.academia.edu/43238396/La_explotacio_In_reproductiva_de_mujeres_y_el_mito_de_la_subrogacio_In_altruista20200602_69723_1cii368
2. Alenza García, José Francisco. “Aproximación a un concepto jurídico de vulnerabilidad”. 2019 pp 40. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://vlex.es/vid/aproximacion-concepto-juridico-vulnerabilidad-821190509>
3. Álvarez, Pilar; El País; “*El 80% de los hijos por gestación subrogada proceden de EE UU y Ucrania*”; Política. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: https://elpais.com/politica/2017/12/13/actualidad/1513185337_622133.html?event_log=go
4. Argerich Hoffmann, Francisco; Clarin Mundo; “*Clarín accedió en exclusiva a una maternidad a salvo de las bombas donde 15 bebés esperan ser retirados por sus familias*”. Foto. Enviado Clarín. Disponible en: https://www.clarin.com/mundo/bebes-bunker-secreto-kiiev_0_oDve4YDOR1.html
5. Asamblea General de Naciones Unidas; “*Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y a la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional*”. 3 de diciembre de 1986. [Consultado: 24 de Marzo de 2023]. Disponible en: http://www.cruzroja.es/pls/portal30/docs/PAGE/SITE_CRE/ARBOL_CARPETAS/BB_QUE_HACEMOS/B40_COOPERACION_INTERNACIONAL/EDUCACION/CII/COLOR_PAZ_CONFERENCIA/COLOR_RECursos/COLOR_LEGISLACION/DECLARACIONPRINCIPIOSSOCIALES.PDF
6. Baldessari, María Eugenia; “*Las caras invisibles de la pobreza: Maternidad por subrogación y pobreza*”. Universidad Austral. Pp. 327. Disponible en: <https://www.teseopress.com/5congreso2018/chapter/304/>
7. Bedoya Pereda, Deyanira. “*Necesidades, intereses, inclinaciones de acuerdo a la edad de los individuos*”; Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/6826/12CAPITULO6_2.pdf;jsessionid=DFD6BA39F2044A1258E141A702BAD2FB?sequence=12

/ Enviado Clarín. Disponible en: https://www.clarin.com/mundo/bebes-bunker-secreto-kiiev_0_oDve4YDOR1.html

8. Bellver Capella, Vicente; “*¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional*”. SCIO. Revista de Filosofía, n.º 11, Noviembre de 2015, 19-52, pp 20. [Consultado: 2 de Enero de 2023]. ISSN: 1887-985. Recuperado de:
<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5297311.pdf>
9. Brugger, Kristiana; “*International Law in the Gestational Surrogacy Debate*”; Fordham International Law Journal. Volume 35, Issue 3 2012 Article 6, pp 683. produced by The Berkeley Electronic Press (bepress). [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: <http://ir.lawnet.fordham.edu/ilj>
10. BBC news Mundo. “*Pareja australiana abandona bebé con síndrome de Down de madre subrogada*”; 2014; Disponible en:
https://www.bbc.com/mundo/ultimas_noticias/2014/08/140802_ultnot_australia_bebe_down_wbm
11. Camarillo Govea, Laura Alicia ; Rosas Rábago, Elizabeth Nataly ; “*El control de convencionalidad como consecuencia de las decisiones judiciales de la Corte Interamericana de Derechos*”; pp4 Disponible en:
<https://www.corteidh.or.cr/tablas/r36250.pdf>
12. Cardona A, Omar Darío; “*La necesidad de repensar de manera holística los conceptos de vulnerabilidad y riesgo*” “*Una Crítica y una Revisión Necesaria para la Gestión*”. Pp 2 Centro de Estudios sobre Desastres y Riesgos CEDERI Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en:
https://www.academia.edu/download/38477185/ODC_repensar_Holistico.pdf
13. Castellanos Claramunt, Jorge; “*Análisis de la maternidad subrogada como nueva tecnología en el ámbito biomédico y jurídico filosófico: avance técnico, retroceso humano*” Revista sobre la infancia y la adolescencia, 17, 62-80 - Octubre 2019, Universitat de València [Consultado: 28 de enero de 2023] pp 63 ISSN 2174- 7210. Disponible en:
<https://polipapers.upv.es/index.php/reinad/article/view/11933/11968>
14. Comité de Bioética; “*Informe del Comité de bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*”, 2017, pp 40, [Consultado: 15 de Febrero de 2023]. Disponible en:
<https://eprints.ucm.es/id/eprint/42816/>
15. Committee on bioethics (dh-bio); Conseil of Europe, Secretariat; “*SURROGACY Addendum to the Replies to questionnaire on access to medically assisted procreation (MAP), on right to know about their origin for children born after MAP*”;pp. 12-57; Disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-update-june-2021-e/1680a3229f>

16. CIDH; Medidas Cautelares; Parr 57. El 12 de marzo de 2002 la Comisión otorgó <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>
17. CIJ; Dipublico.org Derecho Internacional; “*Inmunidades jurisdiccionales del estado (Alemania contra Italia: intervención de Grecia); Fallo de 3 de febrero de 2012*” Disponible en: <https://www.dipublico.org/117428/inmunidades-jurisdiccionales-del-estado-alemania-contra-italia-intervencion-de-grecia-fallo-de-3-de-febrero-de-2012/>
18. Comité de los Derechos del Niño; Peticiones individuales, disponible en: <https://www.ohchr.org/es/treaty-bodies/crc/individual-communications>
19. Convención de Palermo; Protocolo de las Naciones Unidas para Prevenir, Reprimir y Sancionar la medidas cautelares en favor los detenidos por los Estados Unidos en Guantánamo Bay, Cuba. Disponible en: <http://www.cidh.org/medidas/2002.sp.htm>
20. CIJ, “LaGrand Case (GERMANY v. UNITED STATES OF AMERICA). Disponible en: JUDGMENT OF 27 JUNE 2001”.pp 473 par 11 numeral 3) sobre la decisión de fondo. Disponible en: <https://www.icj-cij.org/sites/default/files/case-related/104/104-20010627-JUD-01-00-EN.pdf>
21. Código de Derecho Internacional Privado en Bélgica; “*Reconocimiento y fuerza ejecutoria de actos*” Art. 27. Disponible en: <https://lercarrera.files.wordpress.com/2013/12/cc3b3digo-de-dipr-belga-2004.pdf>
22. Corte Penal Internacional; “*Situation in Ukraine: ICC judges issue arrest warrants against Vladimir Vladimirovich Putin and Maria Alekseyevna Lvova-Belova*” [Consultado: 26 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/situation-ukraine-icc-judges-issue-arrest-warrants-against-vladimir-vladimirovich-putin-and>
23. Conferencia de la Haya, Convenio de la Haya, relativo a la protección del niño y la cooperación en materia de adopción internacional, de 29 de mayo de 1993. Más extensamente en CUARTERO RUBIO, M.V., “*Adopción internacional y tráfico de niños*”, en (coord.) Martín López M.T. *Justicia con menores: menores infractores y menores víctimas*, 2000, núm. 1840, pp. 407 y ss. Y, Bedoya Pereda, Deyanira. “*Necesidades, intereses, inclinaciones de acuerdo a la edad de los individuos*” pp 69. [Consultado: 23 de Marzo de 2023].Disponible en: [https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/\(1\)/dof/spa/pdf](https://www.boe.es/eli/es/ai/1993/05/29/(1)/dof/spa/pdf)
24. Convención sobre los Derechos del Niño; *art. 2, art. 3, art, 6; Art. 4:* Es obligación del Estado adoptar las medidas necesarias para dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la presente Convención. [Consultado: 21 de

- Marzo de 2023]. Disponible en:
<https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>
25. Código Civil de Ucrania. (2003, January). post Art. 1222. [Consultado: 17 de Marzo de 2023] Disponible en:
https://protocol.ua/ua/tsivilniy_kodeks_ukraini_stattya_1222/
26. Cano, Ana María Marcos del, Rafael de Asís, Javier de la Torre Díaz, Fernando Colina, Manuel Desviat, Rafael Huertas, José Luis Rey Pérez, et al. *En Tiempos de Vulnerabilidad: Reflexión Desde Los Derechos Humanos*. Edited by Ana María Marcos del Cano. 1st ed. Dykinson, S.L., 2020. <https://doi.org/10.2307/j.ctv153k41s>.
27. Comité de los Derechos del Niño; Del Monte, Micaela; Mentzelopoulou, Maria Margarita. “*Russia's war on Ukraine The situation of children in and outside Ukraine*” EPRS | European Parliamentary Research Service Mayo, 2023. pp2 [Consultado: 18 de Marzo de 2023]. Disponible en:
[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI\(2022\)729429_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2022/729429/EPRS_BRI(2022)729429_EN.pdf)
28. Child Identity Protection (CHIP). “*Violación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes refugiados y los nacidos por gestación subrogada*” Marzo 2022. [Consultado: 19 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.child-identity.org/es/noticias/noticias-externas/507-march-2022-ukraine-child-rights-violations-for-refugees-and-those-born-through-surrogacy-10.html>
29. Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé. “*Problemes ethiques soulevés par la gestation pour autrui*”(gpa)”. Pp. 5. [Consultado: 17 de Febrero de 2023] Disponible en: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/2021-02/avis_110.pdf
30. Código de Familia (Ucrania); *Código familia de Ucrania*. (Vidomosti Verkhovnoi Rady (RVM), 2002, n 21 - 22, p 135.) (As reformado por la Ley N 407-IV (407-15) de 26 de diciembre de 2004; Art. 129 (2). Disponible en: <https://es.scribd.com/document/106103953/CODIGO-FAMILIA-DE-UCRANIA>
31. Código de Procedimiento Civil (Ucrania); Art. 3: “*El derecho a apelar a la Corte para la protección*”. [Consultado: 18 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.wipo.int/wipolex/es/text/439774>
32. Correa da Silva, Waldimeiry. “*La invasión rusa evidencia los peligros de la maternidad subrogada en Ucrania*”; Investigadora Distinguida EMERGIA - Departamento de Derecho Internacional Público y Relaciones Internacionales, Universidad de Sevilla Publicado: 31 marzo 2022 19:54 CEST. Disponible en: <https://theconversation.com/la-invasion-rusa-evidencia-los-peligros-de-la-maternidad-subrogada-en-ucrania-179924>

33. Corte Penal Internacional; “*ICC Prosecutor Karim A. A. Khan KC concludes fourth visit to Ukraine: “Amidst this darkness, the light of justice is emerging”*” Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/icc-prosecutor-karim-khan-kc-concludes-fourth-visit-ukraine-amidst-darkness-light-justice/> / Ukraine Situation in Ukraine ICC-01/22 <https://www.icc-cpi.int/situations/ukraine>
34. Corte Penal Internacional; “*Statement by Prosecutor Karim A. A. Khan KC on the issuance of arrest warrants against President Vladimir Putin and Ms Maria Lvova-Belova*”; Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/statement-prosecutor-karim-khan-kc-issuance-arrest-warrants-against-president-vladimir-putin>
35. Curtin, Rachael. (2022). “*Suspension of citizenship: Ethical concerns in international commercial surrogacy and the legal possibility of stateless children*”. VANDERBILT JOURNAL OF TRANSNATIONAL LAW, 55(3), 805–836. Disponible en: <https://search.informit.org/doi/10.3316/agispt.20220907073728>
36. Dillaway, Heather ; “*Mothers for others: a race, class, and gender analysis of surrogacy*”. International Journal of Sociology of the Family. Vol. 34, No. 2, Intersectional Analyses of Family for the 21st Century (Autumn 2008), pp. 301-326 (26 pages). Published By: International Journals. Disponible en: <https://www.jstor.org/stable/23070756>
37. Del Cano, Marcos; María, Ana (2020). “*La vulnerabilidad como criterio normativo para el derecho y las políticas públicas*”. “Hasta ahora, tanto la interpretación de los derechos humanos, como el fundamento del sistema jurídico-político, se han basado en los principios de dignidad humana y autonomía, esto es, a la capacidad de una persona de proyectar su vida de acuerdo con sus valores y creencias. Estas ideas, sin embargo, se han construido desde una concepción universal, abstracta y así, desde la filosofía del derecho, se vienen incorporando al discurso conceptos nuevos y emergentes, como es la vulnerabilidad”. Pp 17-33 2020, ISBN 978-84-1324-
38. Echegaray Fernández, Laura Fernández; “*Gestación por sustitución: españoles atrapados en ucrania*”. Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED); Revista científica. pp1. [Consultado: 7 de Enero de 2023]. ISSN18869912. Disponible en: <https://www.proquest.com/docview/2533413186?pq-origsite=primo>
39. El Confidencial; Kardoudi, Omar; “*La madre robot china que puede gestar humanos artificialmente*” Disponible en: https://www.elconfidencial.com/tecnologia/novaceno/2022-02-03/china-maquina-capaz-gestar-embriones-humanos_3368815/
40. European Court of Human Rights; *Labassee v. France*, Application no 65941/11, Council of Europe, 26 June 2014. . [Consultado: 16 de Marzo de

colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/32793/29758

48. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) “*La infancia y los conflictos en un mundo en transformación*”; Abril de 2009 Copublicado por: Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la cuestión de los niños y los conflictos armados Naciones Unidas S-3161 pp8.[Consultado: 21 de Marzo de 2023] Disponible en:
https://childrenandarmedconflict.un.org/publications/MachelStudy-10YearStrategicReview_es.pdf
49. García Pereáñez, José Antonio; Ríos Martínez, Lina María; Londoño Quiroz, Jeisson Leonardo “*Estudios actuales del derecho: la investigación como eje de transformación social*”; “*Maternidad subrogada en Colombia como una situación de género*”; pp. 10-15. Disponible en:
<https://americana.edu.co/medellin/wp-content/uploads/2021/06/Libro-Completo-Estudios-actuales.pdf>
50. García del Río, Manuel; Hernández Gil, Ángel. “*Consideraciones ético deontológicas de la maternidad subrogadas o gestación por sustitución*”. 10.04.2017. Párr.89 [Consultado: 17 de Febrero de 2023]. Disponible en :
<https://commalaga.com/consideraciones-etico-deontologicas-de-la-maternidad-subrogadas-o-gestacion-por-sustitucion/>
51. García Roca, Javier: “*Deferencia internacional, vaguedad del margen de apreciación nacional y procedimiento razonable de decisión*”, Revista Integración Regional & Derechos Humanos, Vol. 7, N° 2, 2019, pp. 90-130
52. Gestlife, “*Precio gestación subrogada*”; [Consultado: 23 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.gestlifesurrogacy.com/precio-gestaci%C3%B3n-subrogada-en-espa%C3%B1a.php#:~:text=El%20coste%20de%20una%20maternidad,subroga da%20es%20un%20proceso%20costoso.>
53. Gill, Fiona; “*War has exposed the questionable practice of commercial surrogacy in Ukraine, Who is responsible for children born in the chaos of this war?*”<https://mercatornet.com/war-has-exposed-the-questionable-practice-of-commercial-surrogacy-in-ukraine/83526/>
54. Hawley, Samantha. “*Damaged Babies and Broken Hearts: Ukraine’s Commercial Surrogacy Industry Leaves a Trail of Disasters*”. ABC NEWS (Aug. 19, 2019, 3:12PM), [Consultado: 10 de Marzo de 2023] Disponible en: [https://www.abc.net.au/news/2019-08-20/ukrainescommercial-surrogacy-industry-leaves-disaster/11417388.](https://www.abc.net.au/news/2019-08-20/ukrainescommercial-surrogacy-industry-leaves-disaster/11417388)

55. Humanium; “Niños en contextos bélicos”; Disponible en: <https://www.humanium.org/es/enfoques-tematicos/violencia/ninos-guerra/>
56. Human Rights Watch; “Discrimination Against Women in the Ukrainian Labor Force”; 2003. Disponible en: <https://www.hrw.org/report/2003/08/26/womens-work/discrimination-against-women-ukrainian-labor-force>
57. ICC; “Policy on Children”; Noviembre, 2016; Disponible en: https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/20161115_OTP_ICC_Policy-on-Children_Eng.PDF
58. ICC; “The Office of the Prosecutor launches public consultation to renew the policy paper on crimes against or affecting children”. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/news/office-prosecutor-launches-public-consultation-renew-policy-paper-crimes-against-or-affecting>
59. International Coalition for the Abolition of Surrogate Motherhood; Comisión para la investigación de malos tratos a mujeres; “Llamamiento para condenar el proyecto de protocolo de la Conferencia de La Haya y los Principios de Verona, que pretenden fomentar la gestación subrogada transfronteriza. Junio 24, 2022/en Noticias /por prensa”. Disponible en: <https://malostratos.org/llamamiento-para-condenar-el-proyecto-de-protocolo-de-la-conferencia-de-la-haya-y-los-principios-de-verona-que-pretenden-fomentar-la-gestacion-subrogada-transfronteriza/>
60. Institut de Drets Humans de Catalunya; “El Protocolo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos entrará en vigor en agosto: Modificaciones en el procedimiento y en otras cuestiones de funcionamiento del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”. Ver Anexo I, Entrevista II, preguntas 2-4 al Dr. Luis Jimena. Disponible en: <https://www.idhc.org/es/actualidad/el-protocolo-15-del-convenio-europeo-de-derechos-humanos-entrara-en-vigor-en-agosto.php>
61. Jimena Quesada, Luis; “Control de convencionalidad y contralímites”, Revista Plural. Universidad Nacional de Mar del Plata, n.º 2, 2021, p. 15. Disponible en: https://issuu.com/cidiir/docs/revista_plural_academia_n_mero_segundo
62. Jimena Quesada, Luis; “Jurisdicción nacional y control de convencionalidad a propósito del diálogo judicial y de la tutela multinivel de derechos”. DE, ESPAÑA, ARANZADI, 2013. Ciencia jurídica, ISSN 2007-3577, Vol. 3, N.º. 5, 2014, págs. 141-142. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5147397.pdf>
63. Keller, Mary Grace. Torn by War: Crisis in Ukraine Impacting Local Adoptions. The Frederick news post [Consultado: 5 de Marzo de 2023] Disponible en: https://www.fredericknewspost.com/news/torn-by-war-crisis-in-ukraine-impacting-localadoptions/article_d7fb1b26-ac78-5ec7-bb7d-96bfea3153e0.html.

64. Lamm, Eleonora; "Gestación por sustitución, ni maternidad subrogada, ni alquiler de vientres". Véase Utian, W. H., Sheean, L., Godfarb, J., Kiwi, R. «Successful pregnancy after in vitro fertilization-embryo transfer from an infertile woman to a surrogate». *New England Journal of Medicine*, núm. 313, 1985, pp. 1351-1352. En 1983 se logró el primer embarazo después de una donación de ovocitos, que terminó con un aborto durante el primer trimestre; [Consultado: 17 de Febrero de 2023] Disponible en: http://www.bioeticayderecho.ub.edu/sites/default/files/libro_gestacion_por_sustitucion.pdf
65. López Guzmán, J., & Aparisi Miralles, Á. (2012). APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA ETICA Y JURÍDICA DE LA MATERNIDAD SUBROGADA. *Cuadernos de Bioética*, XXIII(2),253-267.[fecha de Consulta 28 de Enero de 2023]. ISSN: 1132-1989. Recuperado de: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87524464001>
66. Mardini-Burgos, Jalil; e Varsi-Rospigliosi, Enrique * *Revista de Bioética y Derecho*. "Los contratos de maternidad subrogada desde una perspectiva del Análisis Económico del Derecho Efecto de la informalidad en el mercado de maternidad subrogada". /Rev. Bioética y Derecho no.53 Barcelona 2021 Epub 21-Nov-2022. València [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: https://scielo.isciii.es/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1886-58872021000300009
67. Margaria, Alice. "Parenthood and Cross-Border Surrogacy: What Is 'New'?" *The ECtHR's First Advisory Opinion*. *Med Law Rev.* 2020 May 1;28(2): 412-425. 2014 [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7286747/>
68. Mendzhul MV, Nadon VV, Rekova ZO. "Protection of the rights of children born by surrogate mothers during the covid-19 pandemic". *Wiad lek.* 2021;74(11 cz 2):2999-3003. Pmid: 35029569. [Consultado: 12 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/35029569/>
69. Ministerio de Salud de Ucrania. "Sobre la aprobación del Procedimiento de aplicación de técnicas de reproducción asistida en Ucrania". pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://maternidad-subrogada-centro.es/maternidad-subrogada-law.pdf>
70. Ministerio de Inclusión, Seguridad Social, y Migraciones de España; "Información para personas desplazadas desde Ucrania en España" Pp2 [https://ucraniaurgente.inclusion.gob.es/preguntas-mas-frecuentes#:~:text=\(i\)%20Nacionales%20ucranianos%20que%20se,24%20de%20febrero%20de%202022.&text=consecuencia%20del%20conflicto%20armado%2C%20no%20puedan%20regresar%20a%20Ucrania.&text=del%20conflicto%20armado%2C%20no%20pueden%20regresar%20a%20Ucrania](https://ucraniaurgente.inclusion.gob.es/preguntas-mas-frecuentes#:~:text=(i)%20Nacionales%20ucranianos%20que%20se,24%20de%20febrero%20de%202022.&text=consecuencia%20del%20conflicto%20armado%2C%20no%20puedan%20regresar%20a%20Ucrania.&text=del%20conflicto%20armado%2C%20no%20pueden%20regresar%20a%20Ucrania).

71. Mykola M. Klemparskyi, Helena V. Pavlichenko, Roman Ye. Prokopiev, Leonid V. Mohilevskyi and Yuliia M. Burniagina “Gender inequality in the labour market of Ukraine Challenges for the future”. 2022. Disponible en:
<https://www.scienceopen.com/hosted-document?doi=10.13169/workorgalaboglob.16.2.0140>
72. Naciones Unidas, “Desigualdad: La globalización la agudiza, las política inclusivas la reducen” Noticias ONU, Mirada global Historias humanas; Portal Web. [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en:
<https://news.un.org/es/audio/2014/01/1404151>
73. Narayan, Deepa; Patel, Raj; Schafft, Kai; Rademacher, Anne; Koch-Schulte, Sarah; “Voices of the poor: can anyone hear us?”; pp 41- 103 Disponible en:
<http://www.rrojasdatabank.info/voices/vol1.pdf>
74. New York Times; “How Ukraine’s Surrogate Mothers Have Survived the War” Disponible en: <https://www.nytimes.com/2022/10/16/world/europe/ukraine-surrogacy-war.html>
75. Mesa Redonda de Expertos en Ginebra 8-9 de noviembre de 2001 Organizada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados (ACNUR); Instituto de Posgrado en Estudios Internacionales de Ginebra. “Resumen de conclusiones – unidad de la familia”. 8-9 de noviembre de 2001. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en:
<https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/01156.pdf>
76. OEA; CEREBRUM; “Primera Infancia: una mirada desde la neuroeducación”;pp. 19; Disponible en: <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/rh/primera-infancia-esp.pdf>
77. Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos; “Guía para presentar una comunicación individual a los órganos de tratados de la ONU”; pp 2. Disponible
<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/Guidance-note-for-complaints-form-S.docx>
78. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. “War crimes, indiscriminate attacks on infrastructure, systematic and widespread torture show disregard for civilians, says UN Commission of Inquiry on Ukraine”. Press release 16/03/2023. [Consultado: 18 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.ohchr.org/en/press-releases/2023/03/war-crimes-indiscriminate-attacks-infrastructure-systematic-and-widespread>
79. Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito UNODC; “Definición del concepto de trata de personas”; pp.4; Disponible en:

https://www.unodc.org/documents/e4j/tip-som/Module_6_-_E4J_TIP_ES_FINAL.pdf

80. ONU Mujeres; "Las mujeres y los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS)"; Disponible en: <https://www.unwomen.org/es/news/in-focus/women-and-the-sdgs>.
81. ONU; "La ONU advierte que la crisis humanitaria en Ucrania se está convirtiendo en una "crisis de trata de personas"; 6 de junio de 2022. Disponible en: <https://news.un.org/es/story/2022/06/1509782>
82. Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography; "States parties", Disponible en: <https://indicators.ohchr.org/>
83. Pardo Miranda, Marta. "La adopción ilegal y la gestación subrogada como finalidades del delito de trata de seres humanos". Universidad de Murcia. 2023. pp.68. [Consultado: 21 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://revistas.um.es/analesderecho/article/download/538701/337121/2031141>
84. Pinheiro, Paulo Sérgio; Experto Independiente para el Estudio del Secretario General de las Naciones Unidas sobre la Violencia contra los Niños; "Informe Mundial sobre la violencia contra los niños y niñas"; Pp. 37; Disponible en: <http://www.observatoriodelainfancia.mscbs.gob.es/productos/pdf/informeMundialSobreViolencia.pdf>
85. Pinto, Mónica; "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, Centro de Estudios Legales y Sociales/Editores del Puerto, 1997 (las cursivas son de la autora). Pp. 19; Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37507.pdf>
86. Protocolo número 15 al Convenio Europeo de Derechos Humanos https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaInternacional/TribunalEuropeo/Documents/1292428869010-Entrada_en_vigor_del_Protocolo_n_16_al_Convenio_.PDF
87. Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un procedimiento de comunicaciones. Disponible en: https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9532.pdf
88. Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, art. 3. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/pdfid/50ab8f392.pdf>

89. Puebla, Paula; “El cuerpo es quien recuerda”; aborda, con herramientas de la ficción, temas sensibles de la maternidad y gestación por sustitución. Disponible en: <https://www.planetadelibros.com/libro-el-cuerpo-es-quien-recuerda/355227>
90. Romboli, Silvia; “Los contra-límites en serio” y el caso Taricco: el largo recorrido de la teoría hasta la respuesta contundente pero abierta al diálogo de la Corte Constitucional Italiana”; Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla. Servicio de Doctrina del Tribunal Constitucional;”Revista de Derecho Constitucional Europeo; pp. 147. ReDCE. Año 14. Núm. 28. Julio-Diciembre/2017. Disponible en: https://www.ugr.es/~redce/REDCE28/PDFs/ReDCE_28.pdf
91. Red Estatal contra el alquiler de vientres; “; “*Comunicado internacional para la prohibición global del alquiler de vientres*”; [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <http://www.noalquilesvientres.com/1066-2/>
92. Rodríguez Álvarez, Carmelo; Puch, Luis; “Aversión económica y gestación subrogada”. 13/03/2019. [Consultado: 23 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://nadaesgratis.es/luis-puch/aversion-economica-y-gestacion-subrogada>; Roth, Alvin; El Premio Nobel de Economía “Repugnance as a Constraint in Markets”, Journal of Economic Perspectives 2007, y “Who gets what and Why?”.
93. Ruiz Martín, Anna María; El caso Campanelli y Paradiso ante el tribunal Europeo de derechos humanos: el concepto; *Paradiso y Campanelli c. Italia*. Parr. 19. Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2019), Vol. 11, Nº 2, pp. 778-791 791 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt - Disponible en: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.5020>
94. Sentencia de la Corte constitucional italiana de 21 de abril de 1989, núm. 232
95. Servín Rodríguez, Cristopher Alexis; “La evolución del crimen de lesa humanidad” pp 213. Disponible en: <https://www.elsevier.es/es-revista-boletin-mexicano-derecho-comparado-77-pdf-S0041863314705058>
96. SIMÓN YARZA, F., “Gestación subrogada y vientres de alquiler: reflexiones a la luz del derecho comparado y de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, Revista General de Derecho Constitucional, núm. 25, 2017, p. 6.
97. Smajdor, Anna; Whole body gestational donation”. Disponible en: <https://link.springer.com/article/10.1007/s11017-022-09599-8#Abs1>
98. S Marinelli, A Del rio;, Straccamore, F; Negro, G Basile. “The armed conflict in Ukraine and the risks of inter-country surrogacy: the unsolved dilemma”. European Review for Medical and Pharmacological Sciences. 2022; 26; Pp:

- 5646-5650. . [Consultado: 12 de Marzo de 2023]. Disponible en:
<https://www.europeanreview.org/wp/wp-content/uploads/5646-5650.pdf>
99. Soler Sofia; RTVE; “*Guerra en Ucrania El limbo de los bebés nacidos de madres de alquiler durante la guerra en Ucrania: "Pueden ser objeto de explotación"*”; Imagen, 28.03.2022 | 09:08 horas; Foto; Disponible en:
<https://www.rtve.es/noticias/20220328/guerra-ucrania-gestacion-subrogada-explotacion/2321529.shtml>
100. Special Commission on the Practical Operation of the Hague Convention of 29 May 1993 on Protection of Children and Co-operation in Respect of Intercountry, Adoption, June 17–25, 2010, Conclusions and Recommendations Adopted by the Special Commission, pp 25–26, Disponible en:
http://www.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_e.pdf;
101. Storrow, Richard F. International Surrogacy in the European Court of Human Rights. (2018). NCJ Int'l L., pp 43, 38. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en:
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3291587
102. Tatsiy, V. et al. –Pravo, Kharkiv; Journal of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine / editorial board: 2020. – Vol. 27, № 4. – 220. Науковий юридичний журнал Заснований у 1993 році Періодичність випуску–4 номери на рік, 27(4), 215. [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en:
https://www.researchgate.net/profile/Liudmyla-Verbivska/publication/348875151_Local_Partnership_as_a_Tool_For_Stimulating_the_Development_of_Rural_Areas_of_Ukraine/links/62556cf2cf60536e23579580/Local-Partnership-as-a-Tool-For-Stimulating-the-Development-of-Rural-Areas-of-Ukraine.pdf#page=215
103. TEDH, Caamaño Valle v. Spain, n.º 43564/17, 11 de mayo de 2021. Disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:\[%22001-210089%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/fre#{%22itemid%22:[%22001-210089%22]})
104. TEDH; “Request no. P16-2018-001” Opinión Consultiva.
[https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22003-6380464-8364383%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22003-6380464-8364383%22]})
105. Tejiendo Redes de Infancia; “*¿Qué sucede con los derechos de la niñez en la maternidad subrogada?*”; Ollin TV. Disponible en:
<https://www.youtube.com/watch?v=nvDfZ6nUPHU>
106. Telemundo; “*Todo lo que necesitas saber para tener un bebé con un vientre de alquiler*”. Nota. Disponible en:
<https://www.telemundo.com/shows/hoy-dia/familia/todo-lo-que-necesitas-saber-para-tener-un-bebe-con-un-ventre-de-alqui-rcna13329>

107. The Wall Street Journal; *“Ukraine Is a World Leader in Surrogacy, but Babies Are Now Stranded in a War Zone. Some surrogate mothers may be stuck in cities under Russian bombardment. ‘We do not know where these unfortunate women are.’* Consultado: 16 de Marzo de 2023]. Disponible en: <https://www.wsj.com/articles/ukraine-is-a-world-leader-in-surrogacy-but-babies-are-now-stranded-in-war-zone-11647081997>
108. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Asunto D. y otro v. Bélgica de 8 de julio de 2014”. DÉCISION Requête n o 29176/13. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2229176/13%22%5D%7D>
109. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. “Asunto D. y otro v. Bélgica de 8 de julio de 2014”. DÉCISION Requête n o 29176/13. Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22appno%22:%5B%2229176/13%22%5D%7D>
110. Tribunal Europeo de Derechos Humanos. CASE OF MENNESSON v. FRANCE (Application no. 65192/11) 26 June 2014 [Consultado: 18 de Marzo de 2023] Disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/fre#%7B%22itemid%22:%5B%22001-145389%22%5D%7D>
111. Tomás Mallén, Beatriz: *“La efectividad del Protocolo n.º 16 al Convenio Europeo de Derechos Humanos y su potencial impacto constitucional en España”*, Estudios de Deusto, Vol. 70, Nº. 1, 2022, pp. 387-420 Disponible en: <https://doi.org/10.18543/ed.2506>
112. Trolice, Mark P.; Salvador, Zaira: Reproducción Asistida Org. *“¿Qué es la gestación subrogada? – Definición, tipos e indicaciones”*. pp2; [Consultado: 17 de Febrero de 2023] pp 63 ISSN 2174- 7210. Disponible en: <https://www.reproduccionasistida.org/gestacion-subrogada/#tipos-de-gestacion-subrogada>
113. Unicef Chile; *“El rol de las madres en la vida de los niños, niñas y adolescentes”*; Artículo, 9 de mayo de 2022; Disponible en: <https://www.unicef.org/chile/historias/el-rol-de-las-madres-en-la-vida-de-los-ninos-ninas-y-adolescentes>
114. UNICEF; *“Key considerations: children’s rights & surrogacy”*; pp1. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/media/115331/file>
115. UNICEF, *“Los niños que huyen de la guerra de Ucrania corren un mayor riesgo de ser víctimas de la trata y la explotación”*. Comunicado de prensa. 19/03/2022. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.org/es/comunicados-prensa/ninos-huyen-guerra-ucrania-corren-mayor-riesgo-victimas-trata-explotacion>

116. UNICEF. “Ucrania: riesgo de trata y explotación”. Noticias ONU. 21/03/2022. [Consultado: 16 de Febrero de 2023]. Disponible en: <https://www.unicef.es/noticia/ucrania-riesgo-de-trata-y-explotacion>
117. UNICEF; “Perspectiva de género”. Pp 14; Disponible en: https://www.unicef.org/argentina/sites/unicef.org.argentina/files/2018-04/COM-1_PerspectivaGenero_WEB.pdf
118. UN Global Crisis Response Group on Food Energy and Finance; “Global impact of the war in Ukraine: Billions of people face the greatest cost-of-living crisis in a generation”; pp. 9. Junio, 2022; Disponible en: https://unsdg.un.org/sites/default/files/2022-06/GCRG_2nd-Brief_Jun8_2022_FINAL.pdf
119. Valencia plaza, periódico digital. “El 9,5% de los nacimientos en España son fruto de la reproducción asistida”; [Consultado: 29 de enero de 2023] Disponible en: <https://valenciaplaza.com/-9-5-nacimientos-espana-fruto-reproduccion-asistida>
120. Velasco, Lourdes; “*La industria de los vientres de alquiler sobrevive a la guerra en Ucrania*”; Artículo publicado en febrero de 2022, muestra la realidad de una madre gestante en Ucrania durante el conflicto internacional y también al director de unas agencias intermediarias hablando con naturalidad; Disponible en: <https://efeminista.com/vientres-de-alquiler-ucrania-guerra/>
121. World Center of baby; “*La ley de gestación subrogada en Ucrania*”. Párr. 6; [Consultado: 19 de Febrero de 2023] Disponible en: <https://www.worldcenterofbaby.es/la-ley-de-gestacion-subrogada-en-ucrania/>
122. Yevtieieva, Daryna P ; Lapkin, Andrii V; Karelin, Vladyslav V. “*East Slavic surrogate motherhood: State of legal regulation and risk of Human Rights violation*”. 2011. Pp 2882 [Consultado: 16 de Febrero de 2023] Disponible en: <http://ir.library.nmu.com/bitstream/123456789/5131/1/WL%2012%202020%20cz%20II.pdf#page=188>
123. Zhulali de Andrés, Edlira. “*Trata de personas: Crimen de lesa humanidad*”; 2017. Derecho Pp148. Disponible en: <http://200.46.121.117:8080/handle/123456789/596>