

CONSIDERACIONES CLAVE: DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LAS NIÑAS NACIDOS MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA

Nota informativa*

La gestación subrogada, especialmente mediante acuerdos internacionales, se utiliza cada vez más como método de formación de familias en todo el mundo. Aunque no hay cifras globales precisas sobre el número de niños y niñas nacidos por gestación subrogada, el desarrollo de la tecnología de reproducción asistida (TRA), los cambios en las normas sociales y la tendencia a tener hijos e hijas más tarde están haciendo que nazcan más niños y niñas por gestación subrogada.

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada tienen los mismos derechos que todos los niños y niñas en virtud de la [Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño \(CDN\)](#). Independientemente de las posiciones individuales de los Estados sobre la gestación subrogada, todos los Estados tienen el deber de proteger los derechos humanos de todos los niños y niñas nacidos por medio de la gestación subrogada sin discriminación, lo que incluye garantizar la existencia de marcos legales y reglamentarios apropiados a nivel nacional para proteger y promover sus derechos. Esta nota informativa está destinada a los legisladores y las legisladoras, los y las responsables de la toma de decisiones, los encargados y las encargadas de la elaboración de políticas y los y las profesionales de todos los Estados en los que las cuestiones relativas a la gestación subrogada requieren atención.

Principales retos para los niños y niñas nacidos mediante gestación subrogada

Hasta la fecha, no existe ninguna definición acordada internacionalmente de las diferentes formas de gestación subrogada. En algunos casos, la gestación subrogada se produce de forma que se protegen, respetan y defienden los derechos humanos de los niños y niñas nacidos por esta vía. Sin embargo, en la actualidad, el derecho internacional de los derechos humanos no proporciona salvaguardias centradas específicamente en la gestación subrogada a nivel nacional y en los acuerdos internacionales de gestación subrogada (AIS), lo que expone a riesgos a los niños y niñas nacidos por este medio. Además, muy pocos Estados cuentan con marcos jurídicos y políticos nacionales que ofrezcan salvaguardias para los derechos de los niños y niñas en los AIS y, en algunos casos, en la gestación subrogada nacional. Las Observaciones Finales y las Recomendaciones del [Comité de los Derechos del Niño](#), los [informes temáticos](#) sobre los niños y niñas y la gestación subrogada del Relator Especial de las Naciones Unidas 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 y niñas nacidos mediante gestación subrogada.

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, especialmente los AIS, corren el riesgo de sufrir múltiples violaciones de derechos humanos, en particular, su derecho a la identidad, incluidos el nombre, la nacionalidad, las relaciones familiares y el acceso a sus 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 \(OPSC\)](#)]. En las situaciones de gestación subrogada, los adultos pueden tomar decisiones discriminatorias basadas en la discapacidad y/o el género del niño o niña, y que son contrarias al interés superior del niño como consideración primordial.

Dado el carácter predominantemente comercial de muchos acuerdos de gestación subrogada, los niños

y niñas nacidos por esta vía corren el riesgo de ser vendidos y/o explotados. A este respecto, se plantean preocupaciones específicas en los AIS y en las situaciones de gestación subrogada en las que la filiación se establece únicamente sobre la base de acuerdos privados.

La confianza en la integridad de las circunstancias del acuerdo de gestación subrogada es crucial para defender los derechos del niño. Los derechos humanos de las mujeres gestantes, en particular la protección de las niñas, deben protegerse evitando la posibilidad de explotación en los acuerdos de gestación subrogada, por ejemplo, mediante la coacción y la falta de consentimiento informado de todas las partes.

Durante un acuerdo de gestación subrogada, los derechos de los niños y niñas corren peligro de las siguientes maneras:

Establecer y preservar la identidad puede ser difícil o imposible para los niños y niñas nacidos por gestación subrogada. Los derechos del niño y la niña en virtud de los artículos 7 y 8 de la [CDN](#) -que protegen los derechos del niño y la niña a ser inscrito al nacer, a preservar su identidad y a restablecer su identidad si ha sido privado ilegalmente de algunos o todos sus elementos- pueden verse afectados negativamente por las decisiones que se tomen sobre el niño o niña en situaciones de gestación subrogada. Las decisiones sobre la conservación de la información relevante para la identidad de un niño o niña pueden tener un impacto de por vida, y en las generaciones futuras, de varias maneras. Conocer sus orígenes es fundamental para el desarrollo físico, psicológico, cultural y espiritual del niño y la niña. Tener una identidad propia es también una puerta de entrada al disfrute de otros derechos fundamentales del niño y la niña, como los relacionados con la protección, la salud, la educación y el mantenimiento de los vínculos familiares.

Las personas y organizaciones que facilitan y/o llevan a cabo la gestación subrogada no siempre son conscientes de la importancia de recopilar, almacenar y preservar la información sobre la identidad de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, para que el niño o niña pueda conocer sus orígenes. En ausencia de sistemas para preservar los derechos de identidad del niño y la niña, el restablecimiento de la identidad del niño o niña puede ser imposible, sobre todo en circunstancias en las que existe anonimato del donante y/o de la mujer gestante. Esto también conlleva problemas en el registro y la certificación de los nacimientos, ya que sólo unos pocos sistemas de registro civil están preparados para registrar la información de identidad relacionada con las relaciones familiares en la gestación subrogada y otras formas de tecnología de reproducción asistida.

La filiación legal en la gestación subrogada plantea retos en materia de derechos del niño. Aunque el interés superior del niño es que la filiación legal se establezca lo antes posible tras el nacimiento, la integridad de la filiación legal del niño o niña en los acuerdos de gestación subrogada debe protegerse mediante unas normas mínimas. Éstas incluyen, por ejemplo, salvaguardias previas a la gestación subrogada, determinaciones del interés superior (DIS), consentimientos de todas las partes del acuerdo y protección del derecho del niño y niña a acceder a sus orígenes. El establecimiento o la transferencia de la filiación legal no puede vincularse a la remuneración o a otras consideraciones, y los derechos del niño y niña no deben sacrificarse para crear seguridad jurídica en la filiación antes del nacimiento, incluso en el caso de que se produzcan acontecimientos imprevistos en un acuerdo de gestación subrogada. Dichos acontecimientos pueden incluir aquellos relacionados con la incertidumbre creada por situaciones de emergencia y/o cambios en las circunstancias, o deseos, de las partes del acuerdo de gestación subrogada.

Los niños y niñas corren un mayor riesgo de ser vendidos en los acuerdos de gestación subrogada comercial. La venta y el tráfico de niños y niñas nacidos por gestación subrogada se está produciendo, especialmente en los AIS, debido a la falta de implementación de salvaguardias de protección por parte de los Estados. Una relación contractual jurídicamente vinculante entre la mujer gestante y los futuros padres establecida **antes del nacimiento**, en la que la cesión del niño o niña se condiciona al pago, constituiría la venta de un niño o niña. También puede dar lugar a la inclusión de información incorrecta en los sistemas de registro civil y a la falsificación de la información de identidad. Los aspectos económicos de los acuerdos de gestación subrogada a menudo carecen de claridad, lo que sugiere que van más allá de la mera compensación de los gastos relacionados con la gestación subrogada, incluso en supuestos acuerdos de gestación subrogada "altruistas", lo que equivale a la venta de niños y niñas en virtud del artículo 2 del Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía. **La identidad y las relaciones familiares de un niño o niña no pueden estar en venta.**

Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada pueden correr el riesgo de ser apátridas. Esto es especialmente frecuente en los AIS cuando los niños y niñas nacen en Estados que no reconocen al niño o niña como nacional, ni tampoco a otros Estados. Esto puede ocurrir en situaciones en las que los futuros padres son nacionales de, o residen en, Estados que prohíben la gestación subrogada y viajan a un Estado que permite los acuerdos de gestación subrogada. Esto contraviene las obligaciones del Estado en virtud de los artículos 7 y 8 de la [CDN](#) y el deber del Estado de prevenir la apatridia. De ello se desprende que los Estados que permiten la gestación subrogada deben limitar el acceso a la misma únicamente a los futuros progenitores de otros Estados que también permiten la gestación subrogada.

Recomendaciones para proteger los derechos de los niños y niñas en los acuerdos de gestación subrogada

Los Estados Parte de la [CDN](#) y el [Protocolo facultativo relativo a la venta de niños](#), deben adoptar las siguientes medidas para proteger los derechos del niño y la niña en todos los tipos de acuerdos de gestación subrogada, garantizando que:

- **Los sistemas de registro civil y estadísticas vitales (CRVS, por sus siglas en inglés) incluyen y conservan la información de identidad relativa a cada niño y niña nacido por gestación subrogada.** El acceso de los niños y niñas a la información de identidad debe facilitarse en función de su edad y madurez. Esto dará a los niños y niñas la oportunidad de acceder a la información relativa a su identidad y sus orígenes y apoyará el disfrute de otros derechos. En concreto, debe conocerse la identidad de las mujeres gestantes y de los donantes. Antes de que se celebre el acuerdo, debe obtenerse un acuerdo para compartir la información sobre su identidad con los niños y niñas nacidos como resultado de un acuerdo de gestación subrogada. El derecho del niño y la niña a la identidad puede verse reforzado por la apertura de los acuerdos de gestación subrogada.
- **Los Estados recopilan datos oportunos y desglosados sobre los niños y niñas nacidos por gestación subrogada.** Los sistemas de CRVS deben establecerse para recoger, almacenar y difundir esos datos como parte de sus informes de estadísticas vitales.
- **La legislación y la reglamentación nacionales incluyen la prohibición de la venta y el tráfico de niños y niñas, como se indica en el [Protocolo facultativo relativo a la venta de niños y sus](#)**

Directrices, garantizando que esto se extienda al contexto de la gestación subrogada. Las disposiciones contractuales que pretenden determinar definitivamente la filiación legal o la responsabilidad parental antes del nacimiento no deberían ser ejecutables. Los Estados deben protegerse contra la falsificación de la información de identidad en la gestación subrogada y salvaguardar el registro adecuado de la información de identidad por parte del registro civil.

- **Se prohíbe a los intermediarios de la gestación subrogada realizar cualquier actividad que pueda constituir o conducir a la venta, la trata y/o cualquier otra forma de explotación de niños y niñas y otras personas.** Los Estados que permiten la gestación subrogada deben garantizar que los intermediarios estén regulados y sujetos a la supervisión nacional.
- **La determinación del interés superior después del nacimiento (DIS) se lleva a cabo en cualquier acuerdo de gestación subrogada** cuando las evaluaciones previas a la gestación subrogada carecen de suficiente rigor, la mujer gestante y/o el/los que pretende(n) ser progenitor(es) disputan la filiación legal, se considera la transferencia de la filiación legal o surgen acontecimientos imprevistos. El interés superior del niño debe ser la consideración primordial en la toma de decisiones relativas a los niños y niñas nacidos mediante acuerdos de gestación subrogada. La DIS debe considerar toda la gama de derechos del niño en virtud de la [CDN](#) y, en última instancia, debe determinar la filiación legal y la responsabilidad parental, teniendo en cuenta las salvaguardias previas a la gestación subrogada.
- **Los niños y niñas nacidos por gestación subrogada pueden disfrutar de sus derechos desde el nacimiento.** Los Estados que permiten la gestación subrogada deben prohibir los AIS que incluyan a los padres extranjeros que pretenden serlo de los Estados que prohíben este tipo de acuerdos.
- **Los niños y niñas no son discriminados ni abandonados por motivos de discapacidad** en los Estados en los que se busca y se practica la gestación subrogada. Estas prácticas se basan en el estigma y los prejuicios y contribuyen a las actitudes discriminatorias hacia los niños y niñas con discapacidad.
- **Existen mecanismos para evitar que los niños y niñas nacidos por gestación subrogada sean apátridas.** Todo niño o niña nacido mediante un acuerdo de gestación subrogada recibirá una nacionalidad desde su nacimiento, como parte de su derecho a la identidad.

Contacto

Para más información, por favor contacte con: childprotection@unicef.org // info@child-identity.org

Esta versión en español es una traducción del original en inglés. En caso de cualquier discrepancia, prevalecerá el original en inglés