

Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres

Report of the Special Rapporteur of the United Nations on the sale of children in the context of surrogacy agreements

SILVIA MARRAMA¹

Resumen: La autora destaca el valor del Informe A/HRC/37/60 de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre las prácticas abusivas de los acuerdos de subrogación de vientres —en particular, la venta de niños—, con miras a las responsabilidades que conlleva para el Estado argentino la Vicepresidencia del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas —en representación del Grupo de América Latina y el Caribe— en el período 2019-2021.

Palabras clave: Venta de niños; Acuerdos de subrogación de vientres; Mandato temático de Naciones Unidas.

¹ Investigadora categorizada en Programa de incentivos a docentes investigadores y Profesora en la Maestría de Derecho Tributario y en la Especialización en Derecho de Familia en la Pontificia Universidad Católica Argentina. Abogada-Mediadora, Doctora en Ciencias Jurídicas, Magíster en Desarrollo Humano, Profesora Superior en Abogacía, Especialista en Derecho Tributario. Especialista en Gestión de Bibliotecas. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. Profesora asociada ordinaria a cargo de la cátedra de Derecho Público y Privado en la Universidad Autónoma de Entre Ríos (UADER).

Abstract: The author highlights the value of Report A/HRC/37/60 of the Special Rapporteur of the United Nations Human Rights Council on abusive practices of surrogacy agreements—in particular, the sale of children—, with a view to the responsibilities of the Argentine State as a Member and Vice President of the United Nations Human Rights Council for the 2019-2021 period.

Key words: Sale of children; Surrogacy agreements; United Nations thematic mandate.

1. Introducción

El 15 de enero de 2020 se cumplirá el segundo aniversario de la distribución del Informe de la Relatora Especial Maud de Boer-Buquicchio sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños, presentado en la 37ª sesión del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, llevada a cabo desde el 26 de febrero al 23 de marzo de 2018. Se trata de un informe temático sobre las prácticas abusivas en la gestación por sustitución, con especial referencia a la venta de niños, en adelante denominado A/HRC/37/60. El seguimiento de este informe temático se puede leer en uno posterior complementario, referido a las salvaguardias para la protección de los derechos de los niños nacidos mediante contratos de gestación por sustitución (Informe A/74/162).

Las conclusiones y recomendaciones del informe A/HRC/37/60, de relevancia internacional —por ejemplo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lo cita como fundamento de las recientes decisiones de admisibilidad de los *Casos C y E v. Francia*, del 12 de diciembre de 2019²—, no han sido tenidas en cuenta por la mayoría de los tribunales argentinos que han resuelto casos referidos al problema de los acuerdos de subrogación de vientres, ni por los proyectos de ley que abordan la cuestión.

En efecto, la jurisprudencia argentina ha resuelto favorablemente la homologación de acuerdos de gestación por sustitución, incluso antes de que el procedimiento se llevase a cabo; o bien ha ordenado la inscripción del niño gestado por otra como hijo de la madre de intención³. Algunas de las causas han sido promovidas

² Tribunal Europeo de Derechos Humanos, C et E c. France (decisión sobre admisibilidad), 12 de diciembre de 2019, exptes. no. 1462/18 y 17348/18. Ver Marrama, 2020.

³ Por ejemplo, Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Tercera Nominación de Bell Ville, D., R. d. V. y otros, 6 de diciembre de 2018, expte. no. 6554133

por funcionarios públicos; por ejemplo, la acción de amparo interpuesta por el Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a fin de obtener una orden judicial dirigida al Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas de la Ciudad de Buenos Aires, para que inscriba a los niños nacidos por subrogación de vientres, sin emplazar como progenitor a la persona gestante sin voluntad procreacional⁴.

Por su parte, la mayoría de los proyectos de ley argentinos en la materia son permisivos de la práctica de la gestación por sustitución⁵, si bien los proyectos 0394-S-2009 (reproducción del Proyecto N° 2439-S-2007) de autoría de la Senadora Bortolozzi de Bogado, y 0138-D-2007 de autoría de la Diputada Pérez, proponían la incorporación de un artículo al Código Civil que decretaba la nulidad expresa de los acuerdos de maternidad subrogada.

El propósito de estas líneas, pues, es poner de relieve la existencia y el valor del Informe A/HRC/37/60, a fin de que pueda servir como guía de las leyes y las resoluciones judiciales futuras sobre los acuerdos de gestación por sustitución.

(sentencia no firme); Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María, R., R. A. y otros, 8 de junio de 2018, expte. no. 2908074 (sentencia no firme); Juzgado de Familia no. 7 de Viedma, Reservado s. autorización judicial, 6 de julio 2017 (sentencia no firme); Juzgado Nacional en lo Civil no. 8, B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación, 20 de septiembre de 2016, expte. no. 70522/2014 (sentencia firme); Tribunal Colegiado de Familia no. 5 de Rosario, Otros s. filiación, 27 de mayo de 2016 (sentencia firme); Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil no. 86, N. N. O. D. G. M. B. M. s. inscripción de nacimiento, 18 de junio de 2013, expte. no. 38316/2012 (sentencia firme). La indicación sobre el estado de la sentencia (firme o no firme) corresponde a la fecha de finalización de redacción de este trabajo (29 de diciembre de 2019). Ver otros fallos comentados en Marrama, 2015; Marrama, 2018a.

⁴ Véase Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I, Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s. amparo, 4 de agosto de 2017, causa no. A1861-2017-0 (sentencia firme).

⁵ Cfr. proyectos 0825-S-2018, 0084-D-2018, 5759-D-2016; 5700-D-2016; 2574-S-2015; 0300-D-2013; 5441-D-2011; 5201-D-2011; 4098-D-2011. Véase Marrama et al., 2016; Marrama, 2017.

2. Relator Especial ante el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

El Consejo de Derechos Humanos es un organismo intergubernamental de las Naciones Unidas encargado de fortalecer la promoción y la protección de los derechos humanos en todo el mundo, mediante la formulación de recomendaciones para hacer frente a situaciones de violaciones de los derechos humanos. El Consejo de Derechos Humanos ha sustituido a la anterior Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Fue creado por la Asamblea General el 15 de marzo de 2006 mediante la Resolución 60/251, y se reúne en la Oficina de las Naciones Unidas en Ginebra. El Consejo está compuesto por 47 Estados miembros de las Naciones Unidas que son elegidos por la Asamblea General, teniendo en miras una distribución geográfica regional: 13 corresponden a África y otros 13 a Asia; 8 para países de América Latina y el Caribe; 7 para Estados de Europa occidental y 6 para los de Europa Oriental. Duran 3 años en sus funciones, con la posibilidad de ser reelectos dos períodos consecutivos.

El Relator Especial es un experto independiente nombrado *ad honorem* por el Consejo de Derechos Humanos que tiene el mandato de informar y asesorar acerca de violaciones de derechos humanos desde una perspectiva temática o específica de cada país⁶. Sus tareas y la extensión de sus mandatos se determinan en las resoluciones del Consejo de Derechos Humanos.

El mandato de la Relatoría Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros materiales de abuso sexual infantil, se creó mediante la Resolución 1990/68. Desde entonces, el mandato ha sido renovado regularmente y fue ampliado mediante la Resolución 7/13. Se trata del único mandato centrado exclusivamente en los niños, niñas y

⁶ Véase información disponible en <<https://www.ohchr.org/SP/Issues/FreedomOpinion/Pages/OpinionIndex.aspx>>.

adolescentes. Entre sus funciones se cuentan el examen de las causas de la venta y la explotación sexual de niños y niñas; la identificación de nuevas pautas en la venta y la explotación de la niñez; la identificación, el intercambio y la promoción de estrategias integrales y medidas de prevención así como de buenas prácticas sobre medidas de lucha contra la venta y explotación sexual de la niñez, la prostitución infantil y la utilización de la niñez en la pornografía; la formulación de recomendaciones sobre la promoción y la protección de los derechos humanos de los niños que son víctimas, reales o potenciales, de venta y explotación sexual, y sobre las diferentes cuestiones relativas a su rehabilitación y su reintegración.

La persona designada como Relator Especial presenta informes temáticos anuales al Consejo de Derechos Humanos (en la sesión de marzo) y a la Asamblea General de la ONU (en la sesión de octubre) sobre cuestiones relacionadas con su mandato, a la luz de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño y su Protocolo facultativo sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, entre otros instrumentos⁷. Maud de Boer-Buquicchio, de los Países Bajos, ha sido designada como Relatora Especial para el período 2014-2020, y es quien elaboró el informe temático bajo análisis.

La membresía argentina en el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas implica la responsabilidad del Estado de defender altos estándares de derechos humanos, criterio de creación del organismo (Asamblea General de Naciones Unidas, Resolución 60/251). Sumado a ello, Argentina fue elegida para ocupar la Vicepresidencia del Consejo en el período 2019-2021 —en representación del Grupo de América Latina y el Caribe—, cargo que implica la participación en la Mesa del Consejo de Derechos Humanos, cuya responsabilidad es ejecutar los lineamientos y las directivas del organismo. La elección de Argentina para

⁷ Véase más información en <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/FactSheetMandate_sp.pdf>.

desempeñarse como Vicepresidente del Consejo estuvo motivada, según los representantes regionales, en su política estatal en materia de promoción y protección de los derechos humanos (Cancillería Argentina, 2019).

Lo expuesto en el párrafo anterior conlleva la exigencia de una atención mayor por parte de los funcionarios del Estado argentino a los temas tratados en el Consejo, en particular el que nos ocupa, plasmado en el Informe A/HRC/37/60.

3. Informe A/HRC/37/60

El mandato de la Relatoría Especial del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros materiales de abuso sexual infantil, comprende todos los asuntos relacionados con la venta de niños (Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Resolución 1990/68).

La Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), con jerarquía constitucional en Argentina (Constitución de la Nación Argentina, art. 75 inc. 22), establece en su artículo 35 que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas de carácter nacional, bilateral y multilateral que sean necesarias para impedir el secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”. Por su parte, el artículo 2 párr. a) de su Protocolo Facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía (en adelante, PFVPP) define la venta de niños como “todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”; mientras que el artículo 3 tipifica los siguientes actos: “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”. El Informe A/HRC/37/60 menciona en el párr. 8 que el Comité de los Derechos del Niño —órgano de expertos independientes que supervisa la aplicación de la CDN— ha expresado sistemáticamente preocupaciones similares sobre la subrogación de vientres y su relación con la venta de niños, y enumera los correspondientes informes en la nota a pie de página no. 10.

Cabe aclarar que, en el derecho internacional de los derechos humanos, la expresión *venta de niños* se utiliza con referencia a alguna forma de transacción comercial —entendida como tal aquella en la que existe algún tipo de remuneración—, más allá de que derive o no en la trata o explotación del niño. Esta distinción es relevante para el tema que nos ocupa, ya que en principio la venta de niños mediante convenios de gestación por sustitución no tiene una finalidad de trata del niño⁸, es decir de su explotación, sino de criarlo como hijo. Sin perjuicio de ello, la venta se configura por el hecho mismo de la transacción comercial, ínsita en el acuerdo de subrogación de vientres.

El primer Relator Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluida la prostitución infantil, la pornografía infantil y otros materiales de abuso sexual infantil (en adelante, REV), Vitit Muntarbhorn, identificó en un informe de 1993 distintas formas de venta de niños en relación con la adopción, con la explotación del trabajo infantil y con el trasplante de órganos humanos; y en una categoría adicional incluyó secuestros, desapariciones y raptos de niños, así como *niños soldados* (Informe E/CN.4/1993/67). Por su

⁸ Una definición de trata puede encontrarse en el artículo 3.a en el 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, disponible en <https://www.ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/ProtocolTraffickingInPersons_sp.pdf>.

parte, la REV Najat Maalla M'jid también consideró el *matrimonio infantil* como una forma de venta de niños⁹.

Los dos informes anteriores de la REV Maud de Boer-Buquicchio señalan que los reportes previos de la Relatoría han prestado una atención inadecuada a cuestiones que se encuentran más allá de la explotación sexual de niños, en particular, la cuestión de la venta de niños. Se trata de las referencias en el párr. 15 del Informe A/71/261¹⁰, centrado en la venta de niños con fines de trabajo forzoso, y en el párr. 12 del Informe A/HRC/34/55 sobre venta de niños en adopciones ilegales. En este último informe de 2016 (A/HRC/34/55), la Relatora Especial expresamente menciona en el párr. 14 los acuerdos comerciales de maternidad subrogada en el ámbito internacional — más allá de que, debido a su complejidad, no los aborde exhaustivamente—, y denuncia que el vacío regulatorio internacional que persiste en relación con estos acuerdos deja a los niños nacidos a través de este método vulnerables a violaciones de sus derechos, y que la práctica a menudo equivale a la venta de niños, que puede desembocar en una adopción ilegal (cfr. Informe, párr. 14, 52).

El informe A/HRC/37/60 aborda entonces cuestión de la venta de niños en el contexto de la subrogación de vientres, como corolario del estudio anterior sobre adopciones ilegales. De este modo, la REV Boer-Buquicchio intenta paliar la deficiencia por ella percibida en los informes de la Relatoría respecto de la venta de niños.

La estructura del informe A/HRC/37/60, en lo que concierne al tema analizado, es la siguiente: el acápite III. Estudio sobre

⁹ Véase Informe A/HRC/25/48, párrs. 26–27. Véase, asimismo, Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes (2016).

¹⁰ El párrafo 15 explica que, si bien el mandato del REV se creó, entre otras cosas, para considerar asuntos relativos a la venta de niños, de conformidad con la Resolución 1990/68 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sin embargo, su trabajo se ha centrado principalmente en la explotación sexual de los niños. La implementación del PFVPP ha girado también en torno del mismo eje. Por ello, el objetivo del estudio temático A/71/261 es abordar ese resquicio escasamente tratado, para aportar claridad conceptual, a fin de proteger mejor a los niños víctimas e impedir la venta de niños con fines de trabajo forzoso.

subrogación y venta de niños se subdivide en A. Objetivo, alcance y metodología (párrafos 7 a 12); B. Preocupaciones urgentes (párrafos 13 a 28); C. Prácticas abusivas en sistemas de subrogación (párrafos 29 a 33); D. Marco legal internacional (párrafos 34 a 40); F. Subrogación y venta de niños (párrafos 41 a 51); G. Venta de niños en contextos particulares, que comprende los elocuentes siguientes subtítulos: 1. Venta de niños y tiempo de contratación (párrafos 52 y 53); 2. Venta de hijos y paternidad al nacer (párrafos 54 a 57); 3. Venta de niños y paternidad exclusiva (párrafos 58 y 59); 4. Venta de niños y venta de servicios (párrafos 60 y 61); 5. Venta de niños e intermediarios (párrafos 62 y 63); 6. Venta de niños y rechazo de un "derecho a un niño" (párrafos 64 y 65); 7. Venta de niños y el papel de la regulación (párrafos 66 a 68); 8. Venta de niños y subrogación altruista (párrafo 69); 9. Venta de niños y reconocimiento de subrogaciones extranjeras (párrafo 70) y 10. Venta de niños y abandonos posparto (párrafo 71). Finalmente, el acápite IV contiene en los párrafos 72 a 78 fructíferas Conclusiones y Recomendaciones.

Para definir y clasificar la subrogación de vientres, el estudio temático de 2018 bajo análisis se basa en un informe preliminar de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado (2012). Entiende por *gestación por sustitución* la práctica reproductiva “mediante un ‘tercero’, en la que el aspirante o aspirantes a progenitor y la madre de alquiler convienen en que esta se quede embarazada, geste y dé a luz a un niño. Los contratos de maternidad subrogada suelen contemplar la expectativa o el acuerdo a efectos de que la madre de alquiler traslade jurídica y físicamente al niño al aspirante o aspirantes a progenitor sin conservar la patria potestad ni la responsabilidad paterna” (Informe A/HRC/37/60, párr. 10).

La subrogación de vientres generalmente ocurre en el contexto de lo que el estudio —en su versión en idioma español— denomina tecnologías de asistencia médica para la procreación (en adelante, TRHA), tales como la fertilización in vitro y la transferencia de embriones para la gestación subrogada, en el informe denominada plena —mediante la cual la madre de alquiler no está relacionada

genéticamente con el niño—, y la inseminación artificial en el caso de la subrogación tradicional o parcial —en la cual la madre de alquiler está genéticamente relacionada con el niño—. El párr. 10 también incluye en la subrogación tradicional la fertilización in vitro y la transferencia de embriones concebidos con óvulos de la madre de alquiler. Los gametos se pueden obtener asimismo “mediante compra o ‘donación’” de partes adicionales que no son “ni el aspirante o aspirantes a progenitor ni la madre de alquiler”. En estas situaciones, el o los aspirantes pueden o no estar genéticamente relacionados con el niño (Informe A/HRC/37/60, párr. 10 *in fine*).

En el párrafo siguiente, el estudio temático aclara que el análisis realizado sobre la venta de niños es aplicable tanto a la gestación por sustitución en el ámbito internacional como en el nacional, a la subrogación plena como a la tradicional, y a la gestación por sustitución comercial como a la altruista (Informe A/HRC/37/60, párr. 11).

Respecto de la gestación por sustitución de carácter altruista, en el párrafo 69 del informe, la REV desenmascara la expresión. Explica que, en teoría, una gestación por sustitución verdaderamente *altruista* no constituye venta de niños, ya que se entiende como un acto gratuito, a menudo entre miembros de la familia o amigos con relaciones preexistentes y sin la participación de intermediarios. Por lo tanto, en teoría, la subrogación altruista no supone un pago a cambio de servicios o del traslado de un niño sobre la base de una relación contractual. Sin embargo, el desarrollo de sistemas organizados de subrogación calificados como *altruistas*, que a menudo implican reembolsos considerables para las madres de alquiler y pagos cuantiosos para los intermediarios, pueden difuminar la línea divisoria entre la subrogación comercial y la altruista. Por lo tanto, la calificación del acuerdo como altruista no permite eludir, de por sí y automáticamente, el alcance del PFVPP respecto de la configuración de una venta de niños, ya que los reembolsos a la gestante pueden encubrir pagos por la transferencia del niño. Además, los pagos a intermediarios —con o sin ánimo de

lucro— constituyen un indicio del carácter comercial de la gestación por sustitución. El riesgo es especialmente alto cuando se efectúan reembolsos o pagos considerables en función de categorías genéricas como “sufrimientos morales” —en el caso de la madre de alquiler— o “servicios profesionales” —para el caso de los intermediarios—.

Pueden verse algunos contrastes entre la denuncia de Boer-Buquicchio sobre los riesgos que conllevan los acuerdos de alquiler de vientres, incluidos los altruistas, respecto de la violación de los derechos de los niños, y las aseveraciones de algunos magistrados argentinos en sus sentencias. La primera manifiesta “la preocupación por las madres de alquiler, especialmente por quienes ejercen su capacidad de actuar en contextos de especial vulnerabilidad a la explotación como consecuencia de la pobreza, la impotencia, la falta de educación y diversas formas de discriminación” (Informe A/HRC/37/60, párr. 17) —riesgos y preocupación ponderados por la mayoría de los Estados al prohibir el alquiler comercial de vientres¹¹—, y afirma categóricamente que “La gestación por sustitución de carácter comercial que se practica actualmente constituye venta de niños conforme a la definición prevista en el derecho internacional de los derechos humanos” (Informe A/HRC/37/60, párr. 41). Mientras tanto, los jueces argentinos (*obiter dicta* y “coqueteando” —si se me permite la expresión— con el vicio de incongruencia positiva), promueven la “remuneración del servicio de gestación” en casos que versan sobre acuerdos de subrogación de vientres calificados por las partes como altruistas¹².

¹¹“La respuesta que aparece con más frecuencia en la legislación y en la práctica de los Estados ha consistido en prohibir la gestación por sustitución de carácter comercial y permitir la de carácter altruista, en el entendimiento de que la variedad comercial convierte a los niños en artículos de consumo y explota a las madres de alquiler” (Informe A/HRC/37/60, párr. 20).

¹² Por ejemplo: “Creo que existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y de altruismo, por ello doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si sólo se trata

El informe temático A/HRC/37/60 se concentra en la prohibición de venta de niños y en los problemas de protección de los derechos de los niños que emanan de la práctica de gestación por sustitución. El estudio aclara que las implicancias de la subrogación de vientres respecto de los derechos de las mujeres se encuentran más allá de su alcance, excepto en lo que concierne a los problemas que afectan a la vez los derechos de los niños y los derechos de las mujeres. Sin perjuicio de ello, la REV se hace eco en el párrafo 11 de la posición de otros expertos en derechos humanos —por ejemplo, el Grupo de Trabajo sobre discriminación contra mujeres y niñas¹³— que han declarado inaceptable la discriminación contra las mujeres que se configura a través de la instrumentalización de sus cuerpos con fines culturales, políticos, económicos y de otro tipo. Por ello, REV Boer-Buquicchio “alienta a otros mecanismos de derechos humanos y entidades de las Naciones Unidas a que contribuyan mediante nuevas investigaciones a las deliberaciones sobre la gestación por sustitución y su repercusión en los derechos humanos de las mujeres y otros interesados, a fin de elaborar una normativa basada en los derechos humanos y prevenir los abusos y violaciones” (Informe A/HRC/37/60, párr. 11).

El informe A/HRC/37/60 revisa el amplio espectro de políticas sobre gestación por sustitución, en el contexto actual de inexistencia

de una indemnización por los gastos producidos por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último. Debo decir que me inclino por la remuneración del servicio de gestación. Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios pero la mujer portadora no perciba ninguna contraprestación. También entiendo que debe garantizarse a todas las personas que lo necesiten el poder hacer uso de esta técnica; es así que la ley 26.862 regula el acceso a las denominadas TRHA en lo que hace a la cobertura médico-social” (Juzgado de Familia no. 1 de Mendoza, O. A. V. s. medida autosatisfactiva, 29 de julio de 2015, considerando 3. Ver comentario al fallo en Marrama, 2015).

¹³ En efecto, en el Informe A/HRC/32/44 sostiene: “C. Instrumentalización del cuerpo de la mujer. 106. El Grupo de Trabajo formula las siguientes recomendaciones a los Estados: a) Tomar medidas para combatir y eliminar, en la legislación y las políticas, las prácticas culturales y los estereotipos sociales, y todas las formas de instrumentalización del cuerpo y las funciones biológicas de la mujer” (párr. 106 (a).

de normas internacionales explícitas y específicas, y señala la presencia de prácticas abusivas tanto en contextos no regulados como en los regulados (Informe A/HRC/37/60, párr. 30). Al respecto afirma que si bien “Es cierto que los sistemas comerciales no regulados de gestación por sustitución a menudo comportan venta de niños y están sujetos a prácticas abusivas y violaciones de derechos” (Informe A/HRC/37/60, párr. 67), “sin embargo, no es cierto que los sistemas comerciales regulados de gestación por sustitución prescindan de la venta de niños” (Informe A/HRC/37/60, párr. 68).

En el acápite “F. La gestación por sustitución y la venta de niños”, el informe examina las condiciones de configuración de venta de niños en el contexto de acuerdos de subrogación de vientres, conforme los principios y las disposiciones del derecho internacional de los derechos humanos, en particular del PFVPP.

El estudio temático comentado hace recaer la responsabilidad jurídica por la venta de niños principalmente en los intermediarios (Informe A/HRC/37/60, párrs. 62-63), que “suelen ser quienes perciben los mayores beneficios y crean mercados y redes nacionales y transnacionales de gestación por sustitución a gran escala” (Informe A/HRC/37/60, párr. 40). Por ello indica que los enjuiciamientos por venta de niños en el contexto de la subrogación de vientres deben centrarse principalmente en la figura de los intermediarios y, en ausencia de circunstancias excepcionales, no deben recaer en las madres de alquiler, quienes con frecuencia pueden considerarse víctimas de explotación (Informe A/HRC/37/60, párr. 62). Denuncia enfáticamente que los intermediarios que transfieren física o legalmente el niño a los aspirantes a progenitor a cambio de una remuneración o de cualquier otra contraprestación, “son directamente responsables de la venta del niño”, máxime cuando ejercen un control físico o jurídico extraordinario sobre la madre de alquiler, y un control directo sobre el niño nacido por subrogación de vientres (Informe A/HRC/37/60, párr. 63).

Un párrafo aparte merece la denuncia plasmada en el informe sobre la “influencia de una industria pujante y poderosa que se dedica a la gestación por sustitución” (Informe A/HRC/37/60, párr. 23). A modo de ejemplo, cita a la American Bar Association, entidad que nuclea a más de 400.000 abogados y que promueve la gestación por sustitución de carácter comercial a escala nacional e internacional, a la par que encomia este “mercado” cuyos mecanismos garantizan “el funcionamiento eficiente de la gestación por sustitución de ámbito internacional” y que por ende no debe ser regulado (Informe A/HRC/37/60, párrs. 26-27).

Con la finalidad de fortalecer la legitimidad y la viabilidad de la norma fundamental que prohíbe la venta de niños, el estudio proporciona, además de un amplio análisis, contundentes recomendaciones sobre la implementación de esta interdicción en lo que se refiere a la subrogación de vientres, entre las cuales se encuentra que los Estados no deben adoptar regulaciones en materia de gestación por sustitución de carácter comercial basadas en el cumplimiento obligatorio o automático de los contratos de gestación por sustitución y las correspondientes órdenes de patria potestad previas al parto, pues con ello los Estados se convertirían en cómplices en la autorización de prácticas que constituyen venta de niños (Informe A/HRC/37/60, párr. 75 *in fine*). Del mismo modo, en lo que respecta a la gestación por sustitución de carácter altruista, en los casos en que esté permitida, los Estados deben regular debidamente la práctica para impedir la venta de niños y respetar la prohibición internacional en la materia, por ejemplo exigiendo que todos los reembolsos y pagos a las madres de alquiler y los intermediarios sean razonables y estén detallados, además de someterse al examen de los tribunales y otras autoridades competentes (Informe A/HRC/37/60, párr. 76). Además, en la recomendación del párrafo 77 (b), la REV invita a los Estados a promulgar una legislación clara e integral que prohíba la venta de niños —tal como se define en el PFVPP— en el contexto de la subrogación de vientres.

El informe temático A/HRC/37/60 ofrece entonces, tal como queda demostrado, un enjundioso y fundado estudio sistemático sobre la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución, y recomendaciones a los Estados para prevenir este flagelo así como otras prácticas abusivas que se configuran en torno de aquellos acuerdos.

4. Conclusión

Las responsabilidades que la Vicepresidencia Argentina del Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas conlleva, ameritan una toma de conciencia de los funcionarios argentinos —en especial, de legisladores y magistrados— sobre las prácticas abusivas —en particular, la venta de niños— de los acuerdos de subrogación de vientres, y una activa promoción por parte del Estado argentino de los derechos humanos de las partes involucradas en estas prácticas; en primer lugar, de los derechos humanos de los niños.

Referencias

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Najat Maalla M'jid, A/HRC/25/48 (23 de diciembre de 2013).

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, A/71/261 (1 de agosto de 2016).

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial del Consejo de Derechos Humanos sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, A/HRC/34/55 (22 de diciembre de 2016).

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *Informe de la Relatora Especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, A/HRC/37/60 (15 de enero de 2018).

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *La venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que muestre abusos sexuales de niños*, A/74/162 (15 de julio de 2019).

Asamblea General de Naciones Unidas/Consejo de Derechos Humanos, *Informe del Grupo de Trabajo sobre la cuestión de la discriminación contra la mujer en la legislación y en la práctica*, A/HRC/32/44 (8 de abril de 2016).

Cancillería Argentina, *La Argentina fue elegida para la Vicepresidencia del Consejo de Derechos Humanos de la ONU*, Información para la Prensa no. 010/19 (16 de enero de 2019) <<https://www.cancilleria.gob.ar/es/actualidad/noticias/la-argentina-fue-elegida-para-la-vicepresidencia-del-consejo-de-derechos-humanos>>.

Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Venta de Niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía*, Resolución 1990/68 (7 de marzo de 1990).

Consejo Económico y Social/Comisión de Derechos Humanos, *Derechos de los Niños, Venta de Niños*, E/CN.4/1993/67 (12 de enero de 1993).

Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, *Mandato del Relator Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*, Resolución 7/13, A/HRC/7/L.11 (27 de marzo de 2008).

Grupo de Trabajo Interinstitucional sobre explotación sexual de niñas, niños y adolescentes, *Orientaciones terminológicas para la protección de niñas, niños y adolescentes contra la explotación y el abuso sexuales* (2016) <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Children/SR/TerminologyGuidelines_sp.pdf>.

Marrama, Silvia. 2012. *Fecundación in vitro y derecho: nuevos desafíos jurídicos*. Paraná: Dictum.

- Marrama, Silvia. 2015. La justicia declara la validez de los “actos extrapatrimoniales” de subrogación de vientres. *El Derecho* (Buenos Aires: Editorial El Derecho) 264-409, 21 de enero de 2015.
- Marrama, Silvia, Daiana Berardo, Ana Paula Thomas Benchoff, Elisabet Agustina Vidal. 2016. Los derechos humanos en la gestación por sustitución. Análisis del Proyecto de Ley N° 2574-S-2015. *El Derecho* (Buenos Aires: Editorial El Derecho) 267-871, 20 de mayo de 2016.
- Marrama, Silvia. 2017. La dignidad de la madre subrogada frente a la omnimoda voluntad procreacional de los comitentes de la gestación solidaria. Análisis del proyecto de ley N° 5700-D-2016. *Revista de Derecho de Familia y de las Personas* (Buenos Aires, Editorial La Ley) 2017 (agosto), 226.
- Marrama, Silvia. 2018. Análisis de un fallo sobre maternidad subrogada a la luz de la doctrina de la arbitrariedad de sentencia. *Revista RYD República y Derecho* (Mendoza: Facultad de Derecho. Universidad Nacional de Cuyo) Volumen III.
- Marrama, Silvia. 2018. Margen de apreciación nacional en las técnicas de fecundación extracorpórea. *En Filosofia e Direíto: Um Diálogo Necessário para a Justiça*, coordinado por Brito, A. M. de; Puhl Maciel, E.M.; Kurtz de Souza, J.C., Vol. 2, págs. 233-285. Porto Alegre: Editora Fi.
- Marrama, Silvia. 2020. Prácticas abusivas en convenios de maternidad subrogada. *Revista de Temas de Derecho de Familia, Sucesiones y Bioética* (en prensa). (Buenos Aires: Editorial Erreius).
- The Hague Conference on Private International Law, *A preliminary report on the issues arising from international surrogacy arrangements*, Preliminary Document N° 10 (marzo de 2012).

Referencias jurisprudenciales

Cámara de Apelaciones Contencioso, Administrativo y Tributario, Sala I

Defensor del Pueblo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y otros c. GCBA y otros s. amparo, 4 de agosto de 2017, causa no. A1861-2017-0

Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de Tercera Nominación de Bell Ville

D., R. d. V. y otros, 6 de diciembre de 2018, expte. no. 6554133
(sentencia no firme)

Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de Segunda Nominación de Villa María

R., R. A. y otros, 8 de junio de 2018, expte. no. 2908074 (sentencia no firme)

Juzgado de Familia no. 7 de Viedma

Reservado s. autorización judicial, 6 de julio 2017 (sentencia no firme)

Juzgado Nacional en lo Civil no. 8

B., B. M. y otro c. G., Y. A. s. impugnación de filiación, 20 de septiembre de 2016, expte. no. 70522/2014

Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil no. 86

N. N. O. D. G. M. B. M. s. inscripción de nacimiento, 18 de junio de 2013, expte. no. 38316/2012

Juzgado de Familia no. 1 de Mendoza

O. A. V. s. medida autosatisfactiva, 29 de julio de 2015

Tribunal Colegiado de Familia no. 5 de Rosario

Otros s. filiación, 27 de mayo de 2016

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

C et E c. France (decisión sobre admisibilidad), 12 de diciembre de 2019, exptes. no. 1462/18 y 17348/18