

V Congreso Jurídico Internacional sobre formas contemporáneas de esclavitud

Veinte años después
del Protocolo de Palermo

TOMO II

Capítulo 3



Organización
Internacional
del Trabajo



CICAJ
PUCP



RED IBEROAMERICANA DE INVESTIGACIÓN
SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS
DE ESCLAVITUD Y DERECHOS HUMANOS



PODER JUDICIAL
DEL PERÚ



COMISIÓN DE JUSTICIA DE GÉNERO
DEL PODER JUDICIAL

V CONGRESO JURÍDICO INTERNACIONAL SOBRE FORMAS CONTEMPORÁNEAS DE ESCLAVITUD

Veinte años después del Protocolo de Palermo

Tomo II

**V Congreso Jurídico
Internacional
sobre formas
contemporáneas de
esclavitud**

Veinte años después del
Protocolo de Palermo

Tomo II

Coordinador

Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Lima, febrero de 2023



—
Departamento
Académico de Derecho



CICAJ
PUCP

Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica del Departamento Académico de Derecho (CICAJ-DAD)

Jefe del DAD

David Lovatón Palacios

Directora del CICAJ-DAD

Betzabé Marciani Burgos

Consejo Directivo del CICAJ

Renzo Cavani Brain

Erika García-Cobián Castro

Gilberto Mendoza del Maestro

Equipo de Trabajo

Rita Del Pilar Zafrá Ramos

Carlos Carbonell Rodríguez

Jackeline Fegale Polo

Eryk Giovany Rodríguez Robles

Genesis Mendoza Lazo

V Congreso Jurídico Internacional sobre Formas Contemporáneas de Esclavitud. 20 años después del Protocolo de Palermo. Tomo II

Coordinador: Julio Alberto Rodríguez Vásquez

Imágenes de cubierta: Los Muertos Crew/Pexels.com y Benhur Emmanuel/Pexels.com

Primera edición digital: febrero de 2023

© Pontificia Universidad Católica del Perú
Departamento Académico de Derecho
Centro de Investigación, Capacitación y Asesoría Jurídica
Av. Universitaria 1801, Lima 32 - Perú
Teléfono: (511) 626-2000, anexo 4930 y 4901
<http://departamento.pucp.edu.pe/derecho/>

Corrección de estilo: Mercedes Dioses Villanueva

Diagramación: Tarea Asociación Gráfica Educativa
Pasaje María Auxiliadora 156 - Breña
tareagrafica@tareagrafica.com
Teléf.: 424-8104 – 424-3411
Febrero 2023

Derechos reservados. Se permite la reproducción total o parcial de los textos con permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2023-02032
ISBN: 978-612-49252-1-4

TRATA DE MENORES, MATERNIDAD SUBROGADA Y ADOPCIONES ILEGALES⁴⁷

*Ángeles Lara Aguado*⁴⁸

Resumen

El paradigma social caracterizado por el individualismo feroz conduce a los individuos a querer hacer realidad, a toda costa, su sueño de paternidad o maternidad, lo que es aprovechado por los intermediarios que, deseando enriquecerse, no dudan en someter a las mujeres, especialmente extranjeras en situación de vulnerabilidad, a toda clase de explotaciones, muchas de ellas caracterizadas como supuestos de trata de personas por el Protocolo de Palermo. La maternidad subrogada comparte con la adopción ilegal algunos rasgos, porque no garantiza el respeto al interés del menor, por las dudas sobre el consentimiento prestado por la madre gestante, y por existir una retribución que bien puede considerarse una forma de venta del menor. Pero su caracterización como forma de trata requeriría una previsión expresa en el Protocolo de Palermo, como una forma de explotación propia de la trata de personas. Esto no puede lograrse

⁴⁷ El presente trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto I+D+i PID2020-113061GB-I00: “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica”, IP’s: María Victoria Cuartero Rubio y José Manuel Velasco Retamosa; en el del Proyecto PID2019-108526RB-I00/AEI/10.13039/501100011033, “Violencias de género y subordinación estructural: implementación del principio de *gender mainstreaming*” IP: Juana María Gil Ruiz.

⁴⁸ Profesora titular de Derecho Internacional Privado de la Universidad de Granada (España).

sin una prohibición universal de la maternidad subrogada, a través de un convenio internacional, pues la legalidad de la práctica en los países en que se lleva a cabo la gestación por sustitución impide tal calificación. Se requiere, pues, una modificación del Protocolo de Palermo para dar entrada específicamente a otras formas de explotación que tienen cabida en el mismo, como la adopción ilegal y la maternidad subrogada, para evitar cualquier duda al respecto.

Palabras clave: trata de menores, gestación por sustitución, adopción ilegal, derechos de la infancia, filiación, derecho a la identidad.

Sumario

1. La maternidad subrogada en el contexto internacional de la explotación de mujeres y menores: alquiler de úteros y trata de personas. 2. El alquiler de úteros como una forma de adopción ilegal, y la adopción ilegal como una forma de trata. 3. Conclusiones. 4. Referencias bibliográficas.

1. La maternidad subrogada en el contexto internacional de la explotación de mujeres y menores: alquiler de úteros y trata de personas

El entorno social y económico en el que se desenvuelven las relaciones privadas internacionales en la actualidad, se caracteriza por la globalización, lo que ha posibilitado a través de los avances tecnológicos la interconexión de los mercados más allá de las fronteras estatales; fronteras, que, al menos en el plano económico, quedan desdibujadas (De Miguel Alonso, 2001, p. 39). Aunque este fenómeno se asocia a la coexistencia de culturas y a la multiculturalidad, la globalización ha dado lugar a la extensión generalizada de un único modelo político, económico, social y cultural, que se ha impuesto y en el que prima un individualismo cada vez más feroz. En este modelo socioeconómico solo importan los deseos e intereses del “yo” individual, que se encuentra en el vértice de la pirámide social, rodeado de privilegios y derechos y sin ninguna obligación para con los demás. La base de esa pirámide la ocupan las demás personas —y, más específicamente, las otras, las mujeres, las extranjeras, las que se encuentran en una situación precaria, aunque vivan en un país desarrollado, las más desfavorecidas a nivel económico, educativo, social o psicológico, quienes tienen algún tipo de discapacidad y, por supuesto, los niños y las niñas—, a quienes no se duda en imponer cualquier práctica, o convertirlos en objeto de las mismas para satisfacer los caprichos del yo individual.

Para atender a la creciente demanda de satisfacción de deseos particulares, muchos individuos no dudan en obtener pingües beneficios, captando a miles de menores para someterlos a todo tipo de abusos, como la explotación sexual, la prostitución infantil, la pornografía infantil, el tráfico de órganos, el tráfico de estupefacientes, el ejercicio de la mendicidad, la servidumbre doméstica, los matrimonios forzados, las adopciones ilegales...; en definitiva, a diversas formas de trata de personas, tal y como han sido definidas en el Protocolo de Palermo, 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, adoptado el 15 de noviembre de 2000 en Nueva York.

La explotación de las mujeres y de los niños y las niñas y su utilización como mercancía va adoptando diversas caras (Pérez Alonso, 2020), aunque ha venido preocupando a numerosas instituciones y organizaciones internacionales desde hace tiempo, como en su momento a la Sociedad de Naciones y más recientemente a Naciones Unidas, la OIT, la Unión Europea, la Conferencia Especializada Interamericana de Derechos Humanos o la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, entre otras. Estas instituciones nos han ido dotando de un extenso marco normativo internacional de protección de la infancia, que reconocen derechos a la niñez y se ha ido concienciando a la sociedad sobre la necesidad de considerar a la infancia, adolescencia y juventud como sujetos de derechos. Entre tales normas pueden citarse el Convenio Internacional para la Represión de la Trata de Mujeres y Niños, del 30 de septiembre de 1921, elaborado por la Sociedad de Naciones, que ya se hizo eco de la alarma por la cantidad de mujeres y niños y niñas que estaban siendo objeto de trata (modificado por el Protocolo aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de octubre de 1947), y que consiguió un compromiso de los Estados para perseguir y castigar a los individuos que se dedicaran a la trata de niños de uno y otro sexo (art. 2); la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño de 1924, que es la primera Carta de Derechos de la Infancia, adoptada porque se sintió la necesidad de proclamar que los niños debían ser protegidos de cualquier explotación (art. 4); la Declaración de Naciones Unidas de los Derechos del Niño de 1959, que estableció entre sus principios el derecho del niño a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación y a no ser objeto de ningún tipo de trata (principio 9); la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño del 20 de noviembre de 1989 (en adelante, CDN), que reconoce el derecho del niño a ser protegido contra todas las formas de explotación y abuso sexuales (art. 34) y frente al secuestro, la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma (35); el Protocolo facultativo al CDN sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización

de niños en la pornografía, jurídicamente vinculante desde el 18 de enero de 2002, y que prohíbe la venta de menores, entendiendo por tal, todo acto o transacción en virtud del cual un menor es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución (art. 1), y también protege a los menores de la venta con objetivos no sexuales, como otras formas de trabajo forzoso, las adopciones ilegales o la transferencia de órganos (art. 3); la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, que se adoptó por la preocupación por prevenir la sustracción, el tráfico y la venta de niños en el marco de las adopciones internacionales, arbitrando mecanismos para que se realizaran en un marco legal y con todas las garantías para el interés de los menores; el Convenio 182 de la OIT sobre las peores formas de trabajo infantil, que considera incluidas dentro de las peores formas de trabajo infantil todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños (art. 3), entre otras normas.

Este entramado normativo -aparte de sensibilizar sobre la necesidad de proteger a los menores contra el secuestro, la venta y cualquier forma de explotación, contra la trata con cualquier fin, las adopciones ilegales o sobre la no exposición de los menores al peligro de la prostitución-, reconoce a las niñas y a los niños como sujetos de derechos y no como simples objetos necesitados de protección, llama la atención a los legisladores, al poder Ejecutivo y a la sociedad sobre la necesidad de actuar frente a las violaciones de derechos, e incita a las legislaciones nacionales a tipificar como delitos la venta de menores, la adopción ilegal y la trata de menores.

Sin embargo, todas estas normas sobre derechos de la infancia y prevención de las situaciones de explotación de menores no son suficientes para erradicar las violaciones de derechos humanos de que son víctimas las niñas y los niños y sus madres. El nivel de egocentrismo lleva, en algunos casos, a pretender elevar los deseos y caprichos del yo individual a la categoría de derechos, sin importar si para ello se conculcan los derechos de las otras personas o si se abusa de su situación de vulnerabilidad. La desidia respecto a la situación de

explotación que sufren las mujeres y los menores se debe, en parte, a la creencia de que con ello se hace un favor a la persona explotada; o a la convicción social de que la infertilidad o esterilidad suponen una carencia inaceptable para las personas (González Moreno, 2020, p. 331), lo que lleva a cerrar los ojos ante la posible explotación que sufren “las otras”; explotación, que es vista como una externalidad inevitable para conseguir la plenitud del yo individual. Esto explica que el sueño de paternidad/maternidad trate de hacerse realidad a toda costa.

Aunque este deseo de ser padres y/o madres es muy legítimo y suele encauzarse por las vías legalmente establecidas de la adopción nacional o internacional, que permiten satisfacer el interés del menor que debe siempre primar, en otras ocasiones es aprovechado por quienes buscan enriquecerse a través de un fructífero negocio basado en la explotación de las mujeres afectadas y en la mercantilización de los niños y de las niñas que nacen como consecuencia de estas prácticas, o con quienes se trafica para explotarlos a través de adopciones ilegales o con otros fines (Lara Aguado, 2020, pp. 321-326). Así asistimos cada vez más frecuentemente al nacimiento de niñas y niños de madres subrogadas, que han celebrado contratos (de “gestación por sustitución”, “gestación subrogada”, “vientres de alquiler”, “maternidad subrogada”, o “maternidad por sustitución”), en virtud de los cuales, los comitentes (padres de intención) encargan a una mujer (gestante) que se someta a una técnica de reproducción humana asistida, a fin de que gesté y dé a luz a un niño o niña, con quien la madre gestante o los comitentes pueden estar o no vinculados genéticamente, y que posteriormente entregará a los contratantes, renunciando la madre subrogada a su maternidad, previo pago de una cantidad de dinero o sin mediar contraprestación económica. Que los comitentes no sean nacionales, ni residentes en el Estado al que acuden a contratar a la madre gestante, o que esta práctica esté prohibida o sea un contrato nulo en el Estado de origen o de residencia de los padres de intención, no impide el “turismo procreativo” o “*cros-border reproductive care*” (Deech, 1999, p. 133).

Quienes apoyan la maternidad subrogada esgrimen que el modelo de familia ha evolucionado, las familias son muy dispares y ha cambiado

el concepto de paternidad/maternidad con los adelantos científicos y tecnológicos. Se afirma que en el pasado, la paternidad se basaba en el principio de verdad biológica, pero las técnicas de reproducción humana asistida han posibilitado ser padres o madres sin tener vínculos genéticos con los menores, de modo que la paternidad/maternidad ya no se basa en esta vinculación, sino en la voluntad o intención de ser padres/madres, en la implicación emocional y en el consentimiento prestado antes de someterse a la intervención Médica (Steinbok, 2005, pp. 287-310; Vonk, 2008, pp. 117-134): se puede hablar de padres legales (reconocidos legalmente como tales); padres genéticos (aportan los gametos); padres biológicos (padre genético y gestante no vinculada genéticamente); padres de intención (con voluntad de ser padres); paternidad social (cuidan y atienden a los menores); copaternidad (padres legales en las parejas del mismo sexo); co-madre (la pareja de una mujer lesbiana); co-padre (pareja de un hombre homosexual) (Todorova, 2010, p. 14). En estos nuevos modelos familiares se incardina la familia constituida a través de la maternidad subrogada (Scotti, 2013, pp. 267-269), cuya protección se pretende fundar en el art. 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce la familia como el elemento natural y fundamental de la sociedad, y que afirma que tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

Este argumento tiene un peso irrefutable: una vez constituida la familia, tiene derecho a toda la protección estatal e internacional con independencia del modo en que se haya formado. Sin embargo, el derecho a tener un hijo o a ser padres no está reconocido como tal en ningún instrumento normativo internacional ni de origen interno. Si existiera este derecho y una persona deseara un hijo y no pudiera tenerlo, el Estado debería proporcionárselo, procreando esos menores con la intervención de las madres subrogadas. Tampoco existe un derecho a tener hijos con tal o cual persona, pues de existir, se podría obligar a la persona elegida a que colaborara en el proceso de engendrar a un hijo. Es verdad que en España, de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, LTRHA), puede desprenderse que sí existe el derecho a ser

padres, por cuanto las nuevas tecnologías permiten, a quienes no pueden tener descendencia por medios naturales, recurrir a estos mecanismos para colmar sus deseos de paternidad/maternidad. Este derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida está reconocido “a las parejas formadas por personas de distinto sexo, tanto si están casadas como si no, a las mujeres sin pareja, con independencia de que tengan problemas de fertilidad o no, y las parejas formadas por dos mujeres, tanto si están casadas como si no” (González Moreno, 2020, p. 334). Incluso la Sentencia N.º 116/1999, de 17 de junio del Tribunal Constitucional español ha admitido que se puede recurrir a estas técnicas para la creación o crecimiento de la familia (Tamayo Haya, 2013, pp. 261-316). Además, la LTRHU no considera padre del menor al donante de esperma, ni a la donante de óvulos y, en cambio, sí considera padre, a efectos legales, al marido que consiente que su mujer se someta a un tratamiento de inseminación artificial o de fecundación *in vitro*. Con ello se está reconociendo valor a la paternidad social basada en el consentimiento por encima del valor de la paternidad biológica o genética. Y, en algunos casos, también se extiende la paternidad legal a la pareja de quien se somete a estas técnicas, en supuestos de uniones conyugales (como en Austria, Dinamarca, Francia, España, Estonia, Países Bajos, Noruega, Reino Unido y Suecia).

Este panorama tan complejo, en el que pierde peso la vinculación genética como fuente prioritaria de atribución de la filiación (Echezarreta Ferrer, 2015, pp. 233-248; Blanco-Morales Limones, 2015, pp. 1-16), y en el que la tecnología hace posible estas paternidades/maternidades basadas exclusivamente en la intención o voluntad de ser padres, utilizando esperma u óvulos procedentes de donantes anónimos, sirve de argumento para pretender que el Estado provea los medios necesarios para facilitar lo que se considera un derecho humano: el derecho a ser padres.

Sin embargo, las técnicas de reproducción humana asistida se han de ejercitar en el límite previsto por el legislador, límite que no es caprichoso o arbitrario. En este sentido, el derecho se reconoce a las parejas de mujeres del mismo o distinto sexo, casadas o no, y a las mujeres solteras que

pretendan acceder a estas técnicas de reproducción humana asistida, pero que en su Estado de origen o de residencia no tuvieran admitida legalmente esta posibilidad. Estas personas pueden reivindicar su derecho a ser tratadas del mismo modo que las parejas de distinto sexo, y a acceder a las técnicas de reproducción humana asistida. No existe la discriminación que alegan los hombres solteros o con pareja del mismo sexo por no poder hacer uso de estas técnicas para la creación de una familia, como sí pueden hacerlo las mujeres, porque las situaciones no son iguales y no hay discriminación cuando el supuesto de partida comparado no es igual: los hombres no gestan y las mujeres sí. La creación de una familia, en el caso de estas personas, procede a través del mecanismo de la adopción nacional o internacional. Lo que sí existe es la libertad de procrear (o no hacerlo) sin injerencias estatales, lo que forma parte del libre desarrollo de la personalidad: decidir concebir, gestar y parir hijos o no y, en caso de desearlos, elegir entre la procreación biológica o la adopción, y ello, dentro del marco de lo que es posible y lícito y del respeto a la dignidad y a los derechos de los demás. En ningún caso, esta libertad de procreación conlleva el derecho a encargar a otra mujer que conciba, geste y dé a luz un hijo para otra persona y que luego renuncie a su maternidad, pues el cuerpo de las mujeres y su salud no puede ser objeto de mercantilización.

Y es que hay que diferenciar los deseos individuales de los derechos universales. El derecho a formar una familia sí está reconocido en el art. 16.1.º de la Declaración Universal de Derechos Humanos, según el cual “Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia; y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio”. Sin embargo, en este derecho tampoco se puede fundamentar la admisión de la maternidad subrogada. La familia se podrá fundar dentro de los límites permitidos por la ley, entre los que se encuentra la posibilidad de acudir al trámite de la adopción. Lo que la ley no ampara —y no debería amparar— es la explotación de las funciones reproductivas de las madres gestantes para satisfacer los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes.

Desde algunos planteamientos llamados feministas, se alega que la maternidad subrogada se basa en la autonomía de la voluntad, y que se debe respetar la libertad de las mujeres de disponer de su cuerpo como les plazca, pues las mujeres no son seres menores de edad o desvalidos, sino plenamente conscientes de lo que hacen y con derecho a decidir por sí mismas lo que quieren hacer con su cuerpo (Farnós Amorós, 2010, pp. 1-25); que el libre desarrollo de la personalidad “faculta al titular del derecho para decidir no solo lo que no quiere hacer sino también lo que quiere hacer en ese ámbito vital” (Presno Linera y Jiménez Blanco, 2014, pp. 13); que debe empoderarse a las mujeres para permitirles que, a través de esta práctica, consigan mejorar su situación económica y la de sus familias (Vela Sánchez, 2013, pp. 1-9), pues nada hay de malo en que las mujeres perciban alguna contraprestación por todas las molestias que sufren durante la gestación y el parto. Además, se afirma que muchas mujeres se sienten bien estando embarazadas y son felices de ser solidarias y de ayudar a otros a hacer su sueño realidad, por lo que colaboran dando un regalo de vida, un don de amor.

En mi opinión, esta posición no puede defenderse desde un enfoque feminista. En contra de ese planteamiento habría que alegar que la autocosificación de las mujeres es otra forma de violencia de género en sí, un triunfo del neoliberalismo patriarcal, consecuencia y producto del patriarcado. Se ha llegado a tal nivel que algunas mujeres no se conciben a sí mismas como objetos, sino que se sienten empoderadas por disponer de sus cuerpos, al igual que sucede con la prostitución, cuya regulación como trabajo sexual es reclamada por algunas personas también llamadas feministas. Pero, igualmente, en relación con la prostitución, estimo que no es compatible con el feminismo otra posición que no sea la abolicionista. Como afirma Amelia Tiganus, superviviente de la explotación sexual, no es lo mismo pasar la fregona, que ser la fregona. Sin entrar en el debate filosófico acerca del ser, nuestro cuerpo y nuestro yo son inseparables, no podemos disponer de él, porque eso nos reduciría a objetos. Pero, ¿es realmente libre la madre subrogada o estamos hablando de la libertad en un plano teórico? Cualquier análisis sociológico nos revela que las gestantes son víctimas de explotación

de sus funciones reproductivas, ya que las mujeres, forzadas por la miseria o por una situación precaria o por los abusos de poder de sus maridos o de las redes de tratantes que se mueven impunemente en países donde la corrupción y las mafias están a la orden del día, o por su baja autoestima que las lleva a encontrar un sentido a su vida, solo si cumplen la función que tradicionalmente se les viene encomendando desde la antigüedad clásica — la de paridoras—, se ven constreñidas a someterse a técnicas de reproducción asistida para quedarse embarazadas y dar a luz a uno o más bebés, que luego deben entregar a otras personas (Lara Aguado, 2018). Ciertamente, muchas mujeres estadounidenses casadas con militares se someten a esta práctica. Habría que plantearse qué pasa por las cabezas de estas mujeres (tantas esposas de militares) para querer someterse a una gestación para otro (desconocido). Desde un planteamiento feminista no puede admitirse la gestación por sustitución como una práctica emancipatoria y empoderante de la mujer, cuando la misma a lo que conduce es a la reducción de la mujer a un cuerpo, cuyas funciones reproductivas se pueden alquilar, al igual que el feminismo no puede aceptar que la mujer se reduzca a agujeros en los que los hombres desahogan sus impulsos sexuales. La reducción de la mujer a objeto sexual es una forma de feminicidio, porque elimina simbólicamente a la mujer (Hadjab Boutiaf, 2021).

Esta mercantilización del cuerpo de la mujer es una forma de trata, que encaja perfectamente dentro de las nuevas formas de esclavitud, pues conduce a la cosificación de la mujer, a su instrumentalización para conseguir los fines perseguidos por los demás, lo que atenta contra su dignidad. De hecho, ya existen supuestos de trata de mujeres con fines procreativos, entremezclada con la trata con fines de explotación sexual, pues son frecuentes las redes de trata que explotan a mujeres extranjeras sexualmente y, además, las obligan a gestar para otros. Esta industria del turismo procreativo se aprovecha de la vulnerabilidad económica o psicológica de la mujer, pues, incluso, en los supuestos en que la mujer gestante proceda de países donde su situación económica no sea tan precaria, o donde se presume el respeto a los derechos humanos, no hay que olvidar que no hay verdadera libertad allí donde no hay igualdad o equilibrio entre las partes, y la mujer gestante

no tiene el mismo poder que quienes recurren a sus servicios. Por no hablar de la falacia del consentimiento libre e informado, prestado por estas mujeres a quienes se les supone el ejercicio de su libertad individual y del libre desarrollo de su personalidad. El consentimiento no es libre cuando la mujer no tiene otra opción real para salir de la pobreza, o si no decide ella, sino su cónyuge. Además, no todo es disponible. No puede afirmarse que la mujer presta un consentimiento informado, cuando nadie la previene de las complicaciones para su salud que puede conllevar esta práctica (sobrestimulación ovárica, abortos impuestos o espontáneos, cesáreas programadas para que el parto coincida con los vuelos o tiempo de vigencia de los visados de los comitentes, embolia, preeclampsia, eclampsia, diabetes gestacional, hemorragias, anemia, etc.), por no hablar de las presiones psicológicas a las que se ven sometidas las mujeres, que deben ser preparadas psicológicamente durante el embarazo para desapegarse de sus hijos y poder enfrentar el momento de la separación (Bellver Capella, 2015, pp. 19-52).

Basta echar una ojeada a los modelos de contratos firmados por las madres subrogadas, en los que se enumeran las obligaciones de los padres de intención (básicamente pagar el precio o remuneración, los gastos del embarazo y parto y asumir la paternidad/maternidad del menor), así como las de la madre subrogada (someterse a la técnica de reproducción, gestar, seguir las instrucciones médicas durante el embarazo, no realizar actividades peligrosas durante ese tiempo, entregar el bebé a los comitentes, admitir la paternidad/maternidad de los padres de intención, no intentar contactar con el bebé tras su nacimiento sin el consentimiento de los comitentes, etc.). Entre las exigencias que deben cumplir los padres de intención, solo se suele hacer referencia a los requisitos de edad y médicos (relativos a la infertilidad o esterilidad), así como a la situación matrimonial o condición sexual (parejas heterosexuales u homosexuales, según las exigencias del país), mientras que a la madre gestante se le exigen, aparte de los requisitos de edad y carecer de antecedentes penales, otras condiciones médicas de salud física (ser capaz de llevar a término el embarazo, haber tenido ya algún hijo) y psicológica (no haber padecido depresión o desórdenes psíquicos)

que garanticen el éxito del cumplimiento del contrato, para lo cual, los comitentes se comprometen a contratar a un psicólogo que haga un seguimiento de la madre subrogada durante el embarazo (Sánchez Jordán, 2020, pp. 122-129). El interés del menor no preocupa en absoluto en esta forma de establecimiento de la filiación.

Contratar a una mujer para que geste y dé a luz a un menor es una instrumentalización de la mujer, que es tratada como si fuera un medio para obtener un fin al servicio de otras personas: no solo es un órgano del cuerpo de la mujer lo que se alquila, sino su cuerpo y su salud, que se convierten en objetos del contrato, reduciendo a la mujer a un mero recipiente reproductor, sin tener en cuenta todo el proceso fisiológico y emocional que encierra el embarazo (Rubio Castro, 2017, p. 67). Esta visión utilitarista de la mujer atenta contra la dignidad humana, al convertir a la mujer en una incubadora humana (Freeman, 1996, pp. 273-297; Wallbank, 2002, pp. 271-294), una cosa, cuyo valor depende del mercado, siendo más cara en los países económicamente más pudientes, y valiendo menos allí donde la oferta de mujeres pobres es más amplia (Lara Aguado, 2018), lo que está generando nichos de alquiler de úteros, desplazando el negocio hacia mercados donde el útero es más barato. Esto explica que los comitentes nacionales o residentes en países donde está permitida esta práctica decidan desplazarse a países donde la contratación del “producto” es más barata.

Como argumento para contrarrestar estas críticas se afirma que la maternidad subrogada altruista no conlleva mercantilización de la mujer. Sin embargo, exigir a la mujer que sea ella la que soporte todos los riesgos y problemas de la gestación, parto y posparto, y que no perciba ninguna contraprestación económica a cambio, mientras otros se benefician a su costa a través de un negocio millonario, es otra forma de explotación, amén de que generaría bolsas de dinero negro y más abusos sobre la mujer, que no podría reclamar lo que se le hubiera prometido a escondidas (Lara Aguado, 2018).

A pesar de las ventajas que desde el punto de vista utilitarista se asocian a la maternidad subrogada, como el beneficio económico que genera para

las clínicas, bufetes de abogados, intermediarios o *brokers*, traductores, la industria farmacéutica, la de la hostelería, transportes, etc., con el consiguiente aumento del producto interior bruto de los países donde se lleva a cabo, el incremento de la natalidad, tan necesaria en los países con población envejecida, así como la satisfacción de los deseos de paternidad/maternidad de los comitentes o la mejora de la situación económica de la gestante o su familia, no parece repararse lo suficiente en las externalidades negativas que produce en la mujer, ni en el extractivismo o colonización del cuerpo de las mujeres del sur global (Puleo, 2017, pp. 178-179). La inmensa mayoría de gestantes son extranjeras en situación precaria o mujeres con una baja autoestima, que consideran que su vida solo tiene sentido cuando cumplen su función en la vida, que es la reproducción, tal y como le viene asociado al género femenino por la sociedad patriarcal. Los contratos que firma la gestante no garantizan los derechos de la madre subrogada, porque son supervisados por abogados pagados por los comitentes; no suelen ser leídos o comprendidos por las gestantes y en las entrevistas previas a su selección es frecuente informarlas solo de las obligaciones que asume con el contrato, así como de que ellas no son las madres, pues los hijos pertenecen a los comitentes. Además, se está generalizando una práctica de rastreo de madres subrogadas, derivando las mujeres jóvenes y con menos problemas hacia clínicas más exigentes, y aquellas a las que se les ha practicado alguna cesárea previa o tienen más edad hacia clínicas menos exigentes, con la consiguiente reducción del precio ofrecido, como si se seleccionaran productos en un mercado. A todo ello habría que añadir que la maternidad subrogada conduce al racismo, porque se busca el blanqueamiento de la piel, al admitir gestar a las madres subrogadas de cualquier raza, siempre que no aporten sus propios óvulos, mientras que se buscan donantes de óvulos entre mujeres caucásicas para asegurarse una piel blanca. Y, con frecuencia, las rastreadoras son mujeres que tienen un proyecto de contratar a otra madre subrogada, para cuyo pago está ahorrando, reclutando a otras mujeres.

Otro dato que no debe olvidarse es que la maternidad subrogada contribuye a proyectar una imagen devaluada de la mujer como una vasija, como una

incubadora humana y, por lo tanto, su instrumentalización conduce a pensar que es un ser inferior al hombre, pues este siempre es considerado un fin y no un medio, como en cambio sí lo es la mujer. Por todo esto, bien puede afirmarse que el alquiler de úteros es una forma más de explotación y de violencia contra las mujeres, cuya prohibición puede entenderse subsumida en el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011 (Gil Ruiz, 2018). El art. 3 de este Convenio define como violencia de género cualquier forma de violencia basada en el género que implique o pueda implicar daños o sufrimientos físicos, psíquicos, sexuales o económicos a la mujer y que afecte de manera desproporcionada a las mujeres.

Como forma moderna de esclavitud cumple los requisitos previstos en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo para ser considerada trata: se realiza un acto (captación de la mujer para que sea madre subrogada a través de los procesos de rastreo o con anuncios en internet u otras formas), acudiendo a un medio (pago o abuso de la situación de vulnerabilidad de la mujer) y su finalidad es la explotación (de las funciones reproductivas de la mujer). Es cierto que esta finalidad de explotación no está expresamente prevista en el art. 3 a) del Protocolo de Palermo, que solo menciona 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 órganos. Sin embargo, esta enumeración no es exhaustiva, pues el Protocolo las contempla como mínimo, permitiendo la inclusión en dicha enumeración de otras formas de explotación también inadmisibles. Aunque sería recomendable una modificación de dicho Protocolo para incluir expresamente la explotación de las funciones reproductivas de la mujer como una de las finalidades de explotación de la trata, aun así, cabe considerar que la maternidad subrogada es una forma moderna de esclavitud, basada en la mercantilización de la mujer, concretamente, de sus funciones reproductivas.

E, igualmente puede ser vista como forma de trata en relación con el menor, pues el niño o la niña resulta mercantilizado, cosificado, lo que constituye

una práctica análoga a la esclavitud, tal y como se menciona en la Convención suplementaria sobre la abolición de la esclavitud, la trata de esclavos y las instituciones y prácticas análogas a la esclavitud del 7 de septiembre de 1956. Conforme al art. 1 d) de dicha Convención, es una práctica análoga a la esclavitud toda institución o práctica en virtud de la cual un niño o un joven menor de dieciocho años es entregado por sus padres, o uno de ellos, o por su tutor, a otra persona, mediante remuneración o sin ella, con el propósito de que se explote la persona o el trabajo del niño o del joven (Bonet Pérez, 2017, pp. 183-209). Aunque no define a qué tipo de explotación es sometido el menor, bien podría considerarse que se abusa de la vulnerabilidad del niño o la niña. De este modo, la mercantilización o venta del menor es una forma de esclavitud moderna o de práctica análoga a la esclavitud. Si atendemos a la definición de esclavitud que proporciona el art. 1 de la Convención sobre la Esclavitud firmada en Ginebra el 25 de septiembre de 1926: “La esclavitud es el estado o condición de un individuo sobre el cual se ejercitan los atributos del derecho de propiedad o algunos de ellos”. El principal atributo del derecho de propiedad es la posibilidad de vender el “objeto” poseído y la anulación de su personalidad (Rivas Vallejo, 2020, p. 54). La cosificación del menor conduce a no atribuirle su condición de sujeto, sino a considerarlo un objeto que se puede comprar y cuya personalidad es anulada, al quedar privado de su identidad. Por tanto, si admitimos que la maternidad subrogada conlleva la venta de un menor, para transferirlo a otra u otras personas, renunciando la madre subrogada a su maternidad para cederla a los comitentes, el niño o la niña nacido de esta práctica estaría sometido a una forma de esclavitud, pues resulta cosificado y se le priva de su identidad, al ser falseada su filiación materna y al ser privado de ella.

2. El alquiler de úteros como una forma de adopción ilegal y la adopción ilegal como una forma de trata

La Guía 1 de Buenas Prácticas de la Conferencia de La Haya sobre “La puesta en práctica y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 sobre adopción internacional” define la adopción ilegal como “aquella que

resulte de abusos, tales como la sustracción, la venta o el tráfico de niños, y otras actividades ilegales o ilícitas respecto a los niños”. Se pueden extraer una serie de principios que han de respetarse para evitar la adopción ilegal de instrumentos jurídicos como la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional, del 3 de diciembre de 1986, la Convención sobre los derechos del niño, del 20 de noviembre de 1989, el Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, o la Convención de la Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional, del 29 de mayo de 1993, entre otros instrumentos normativos.

En primer lugar, la adopción debe ir en interés del menor. Este se convierte así en el principio superior y en la consideración primordial a atender, de modo que impregna todas las actuaciones a realizar en torno a la adopción. En particular, de este principio se desprende el carácter subsidiario de la adopción internacional respecto a la interna, así como el derecho del menor a conocer sus orígenes. Cuestión distinta es si el interés del menor debe ser el criterio exclusivo a tener en cuenta, despreciando todos los demás implicados en la relación (García Rubio, 2020, 14-49).

En segundo lugar, la prohibición de obtener beneficios financieros indebidos por la adopción está vinculada a la necesidad de prevenir la venta y la trata de menores para cualquier fin o en cualquier forma. Según el art. 2 a) del Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, por venta hay que entender “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”. Además, entre las formas de venta para fines sexuales y no sexuales, el art. 3 a) 1 ii) del mencionado Protocolo incluye la adopción ilegal.

El tercer principio básico en materia de adopción requiere que el consentimiento prestado por quienes deban darlo sea libre y consciente (art. 4 de la Convención de La Haya sobre la protección de menores y la cooperación en materia de adopción internacional), para prevenir la venta y trata de menores.

En cuarto lugar, la adopción debe realizarse respetando la legalidad, lo que facilitará la eficacia extraterritorial de las adopciones, y, en particular, el reconocimiento de las adopciones certificadas conforme al Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional. El reconocimiento de la adopción válidamente constituida ante la autoridad extranjera permite hacer valer en otros Estados la filiación legalmente establecida, lo que es una exigencia del derecho a la identidad de los menores, y forma parte de su derecho a la vida privada, tal y como viene reconocido en el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950.

Todo ello permite concluir que las adopciones ilegales no responden al interés de los menores, vulneran el derecho de los niños y niñas a su identidad, porque falsean y alteran su filiación y los priva de la filiación que les corresponde. Por eso, cabe afirmar que las adopciones ilegales son una forma de trata de menores (Fernández Pérez, 2018, p. 122), tal y como se define en el Protocolo de Palermo. En la definición de trata que ofrece el Protocolo, encaja perfectamente la trata cuando es la finalidad de la adopción ilegal, es decir, cuando se adopta al menor para someterlo a alguna de las formas de explotación mencionadas expresamente en el art. 3 a) (sexualmente, laboralmente, para el tráfico de órganos, para la servidumbre, etc.), porque reúne todos los requisitos previstos en dicho precepto (se capta a un menor para someterlo a una de las formas de explotación mencionadas en el art. 3 a) del Protocolo, sin que sea necesario recurrir a los medios enumerados en dicho precepto). Y es que la adopción ilegal favorece y propicia la trata con fines de explotación, la sustracción y la venta de menores.

Más dudosos podrían ser los supuestos en que la trata está en el origen de la adopción ilegal, esto es, cuando se realizan todos los actos constitutivos de la trata con la finalidad de destinar al menor a la adopción ilegal, de tal modo que la explotación consistiría en dar al niño en adopción ilegal. La pregunta, entonces, es si la adopción ilegal es en sí misma una forma de trata. Lo ideal sería seguir el modelo mexicano de la Ley General para Prevenir, Sancionar y Erradicar los Delitos en Materia de Trata de Personas y para la Protección y Asistencia a las Víctimas de estos Delitos del 14 de junio de 2012, que en su art. 10 VIII incluye, entre las formas de explotación constitutivas de trata, la adopción ilegal de persona menor de dieciocho años, y lo hace en sus dos modalidades: primero, cuando el padre, madre, tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta, entregue o reciba de forma ilegal, ilícita, irregular o incluso mediante adopción, a una persona menor de dieciocho años con el fin de abusarla o explotarla sexualmente, o para cualquiera de las formas de explotación a que se refiere el artículo 10 de la presente ley (esto es, cuando la finalidad típica de la trata es la finalidad de la adopción), en cuyo caso se sanciona al acusado con una pena entre 20 a 40 años. En segundo lugar, también prevé el caso en que el padre o tutor o persona que tiene autoridad sobre quien se ejerce la conducta, reciba a título oneroso, en su carácter de adoptante de forma ilegal, ilícita o irregular, a una persona menor de dieciocho años (es decir, cuando la trata está en el origen de la adopción ilegal), en cuyo caso, será sancionado con una pena de 3 a 10 años de prisión y, como sanción civil, la nulidad de la adopción, aunque no se procederá en contra de quien de buena fe haya recibido a una persona en condición irregular, con el fin de integrarla como parte de su núcleo familiar con todas sus consecuencias. Y el Diagnóstico Nacional sobre la Situación de Trata de Personas en México define la adopción ilegal como la obtención por medios de documentos falsos de “la custodia, la patria potestad y/o tutela de una niña, niño, mediante un beneficio económico ya sea para el padre, la madre o tutor para un tercero que se haya apropiado ilegalmente de una niña o niño. La adopción ilegal de menores de edad es un hecho que puede estar asociado

a la alteración de la identidad, falsificación de documentos, secuestros, soborno y corrupción”.

El Protocolo de Palermo no ha optado por este planteamiento, que no ha incluido expresamente la adopción ilegal entre las formas de explotación constitutivas de la trata, a diferencia del considerando 11 de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y por el que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, que sí menciona entre las formas de trata la adopción ilegal, aunque, cuando el art. 2.3 de dicha Directiva enumera lo que como mínimo se entenderá que es explotación constitutiva de la trata, no hace referencia a la adopción ilegal.

La falta de previsión expresa de la adopción ilegal como forma de explotación constitutiva de trata en el Protocolo de Palermo no implica que no deba ser considerada una forma de trata, pues dicha enumeración no es exhaustiva, sino de mínimos y tiene cabida entre las formas contemporáneas de esclavitud: la venta de un menor es una forma de mercantilización del mismo, una forma de cosificación y, por tanto, una forma de explotación que debe ser entendida como constitutiva de trata. Las adopciones ilegales resultan de transacciones económicas que se realizan para eludir los procedimientos legales y garantistas de los derechos de los niños y de las niñas entregados en adopción; no se respetan los cauces legales y son una forma rápida de saltarse la ley, previo pago de una cantidad de dinero. En este tipo de adopciones no hay garantía de que los consentimientos de los progenitores del niño o de la niña, si existen y deben consentir, se hayan obtenido sin haber recibido “una compensación económica” a cambio, lo que implicaría una alteración ilegal de la filiación del menor. También es característico de las adopciones ilegales el pago para agilizar los trámites, o para seleccionar a un bebé frente a otro que hubiera sido designado idóneo para la familia adoptante. Todo ello implica una mercantilización, una compra del bebé. A través de las adopciones ilegales los niños y niñas entregados en adopción son reducidos a mercancías, al ser comprados y vendidos, privando, de

este modo, a los y las menores de su dignidad, al convertirlos en objetos y no en sujetos de derechos. No obstante, sería deseable que se reformara el Protocolo de Palermo y se incluyera, expresamente, la adopción ilegal entre las formas de explotación típicas de la trata o, mejor aún, entre los actos constitutivos de la trata.

Habría que plantearse, además, si la maternidad subrogada es también una forma de adopción ilegal. Para ello, tendría que compartir con la adopción ilegal la infracción de los cuatro principios básicos a los que responde la adopción legal.

En primer lugar, ¿responde el alquiler de úteros al interés de los niños y de las niñas que nacen de esta práctica? ¿Cómo se puede salvaguardar ese interés sin que los padres de intención obtengan un certificado de idoneidad? Debe destacarse que, en los últimos años hay bastantes casos de padres y madres de intención que superan la edad de 65 años, lo que hace cuestionarse cuál es la finalidad de esa gestación (sobre otros intereses del menor, Álvarez González, 2020, pp. 101-121; Sales Pallarés, 2019, pp. 326-347). Especialmente, hay que tener en cuenta los límites de edad que se establecen para las adopciones legales, en los que no se debe superar una determinada edad, en interés de los niños y niñas adoptados, pues, aunque las personas de avanzada edad pueden ser buenos padres, el riesgo de fallecer dejando al menor indefenso es mayor que en las personas más jóvenes. De ahí que una contratación de una mujer para que geste a un menor en estos casos no va en absoluto en interés de los niños y niñas, sino en interés de quien desea a toda costa la maternidad/paternidad. Los trámites que hay que superar para garantizar que una adopción va en interés del menor son necesarios y están pensando en los menores. De ahí la necesidad de respetarlos. Los informes de idoneidad que deben obtener las personas que adoptan a menores son una presunción de que esas personas están capacitadas para la maternidad o paternidad. No debe prescindirse de ellos. Sin embargo, la gestación por sustitución prescinde totalmente de este requisito, que no es controlado porque no es relevante para el negocio del alquiler de úteros, en el que lo relevante es la contratación del “servicio” y satisfacer los deseos de los clientes.

En segundo lugar, ¿se obtienen beneficios financieros indebidos con la maternidad subrogada? ¿No puede considerarse el alquiler de úteros también una forma de venta de menores? Las cantidades que pagan los padres de intención ¿son una forma de pago por recibir a un menor o van destinadas solo a retribuir el servicio o las “molestias” que soporta la gestante como consecuencia del embarazo y del parto? ¿Quién controla dichos pagos y cómo se lleva a cabo ese control?

En tercer lugar, ¿se prestan los consentimientos libres e informados? ¿Basta con que la madre subrogada firme el contrato por el que se compromete a someterse a una técnica de reproducción humana asistida para quedar embarazada y dar a luz a un bebé y luego renunciar a la maternidad, para que se entienda prestado un consentimiento que permita establecer una relación materno-filial a favor de la madre de intención? ¿Un consentimiento a estos fines puede otorgarse antes de que nazca el menor? ¿Se controla realmente el consentimiento que presta la madre subrogada o solo se observa si ha firmado un contrato? ¿De qué informa el contrato? ¿No contempla el contrato principalmente las obligaciones a que se compromete la mujer y las responsabilidades en que incurriría en caso de infringirlas? ¿Informa el contrato, detenidamente, de los derechos de la madre subrogada y de todas las posibles complicaciones para su salud? ¿Quién controla el consentimiento de la mujer gestante y de qué forma se lleva a cabo dicho control? ¿Cómo decide la persona que controla el consentimiento de la madre subrogada que no se encuentra en una situación de vulnerabilidad que impide dar eficacia al consentimiento? ¿Puede reducirse la libertad de la mujer, su autonomía, a un simple consentimiento informado?

No hay duda de que en la inmensa mayoría de las ocasiones, todos estos principios resultan infringidos en el caso de la maternidad por sustitución: nada garantiza que responde al interés del menor; el pago supone una venta del menor y los consentimientos de la madre subrogada, aunque sirvan para destruir la filiación materna de la gestante en el país en el que se lleve a cabo la subrogación de la maternidad; son de dudosa constitucionalidad,

al atentar contra la dignidad de la mujer y del menor, por implicar una instrumentalización de la mujer y una cosificación de ambos. A ello habría que añadir que, cuando la madre subrogada está casada, se precisa el consentimiento de su marido para someterse a la práctica, lo que, aunque tiene como finalidad evitar que reclame luego su paternidad, no deja de suponer una limitación de la “libertad” de la mujer.

Por último, ¿la gestación por sustitución sigue los trámites legales para el establecimiento de la filiación? Este requisito sí falla, pues el panorama normativo de la maternidad subrogada en el mundo es muy variado (Brunet, 2013; González Martín, y Albornoz, 2016, pp. 159-187). La maternidad subrogada es nula en España, a tenor del art. 10.1 de la LTRHA, y tampoco es posible en muchos países, como Alemania, Austria (solo permite la subrogación gestacional sin aportación de óvulos por la gestante), China, Finlandia (solo admite la subrogación gestacional), Francia, Eslovenia, Estonia, Islandia, Italia, algunos territorios de México (Coahuila o Querétaro), Moldavia, Montenegro, Serbia, Suecia, Suiza, Turquía, algunos Estados de Estados Unidos (Arizona, Indiana, Michigan, Washington DC). En cambio, hay países que se han decantado abiertamente a favor, como Albania, Armenia, Australia, Bielorrusia, Brasil, Canadá (Ontario, Alberta o British Columbia), Chipre, Dinamarca, algunas zonas de Estados Unidos (Arkansas, California, Columbia, Connecticut, Dakota del Norte, Delaware, Florida, Illinois, Maine, Nevada, Nueva York, Nuevo Hampshire, Oregón, Texas, Utah, Virginia Occidental), Georgia, Grecia, India, Israel, México (Sinaloa o Tabasco), Portugal, Reino Unido, Rusia o Sudáfrica.

Entre los países que la admiten, la variedad alcanza a la modalidad de gestación admitida, comercial o altruista; al tipo de familias que pueden acceder a estos contratos; a quiénes pueden contratar la gestación por sustitución (solo nacionales o también extranjeros, residentes o no en su territorio), e, incluso, al momento en que se establece la filiación del menor, antes o después de su nacimiento. Así, aceptan la gestación comercial: Armenia, Bielorrusia, Chipre, algunos Estados de Estados Uni-

dos (California, Illinois, Utah, etc.), Georgia, México (Sinaloa), Países Bajos, Rusia, o Ucrania, oscilando los precios entre 95 000 a 280 000 dólares (Estados Unidos), 60 000 a 100.000 euros (Canadá), 50 000 a 80 000 euros en Rusia, 40 000 a 60 000 euros en México, 26 000 a 60 000 euros en Ucrania. Hay países que admiten solo pagar una compensación por los gastos, como algunos Estados de México, Holanda o Grecia (por el embarazo, parto y posparto, y una compensación por el salario no percibido debido al embarazo, parto y posparto). Otros solo admiten la modalidad altruista: Australia, Brasil, Canadá (aunque solo en Ontario, Alberta o British Columbia, ya que en Quebec, el contrato de gestación subrogada es nulo), Dinamarca, India, México (Tabasco), Portugal, Reino Unido, Sudáfrica, Tailandia, Vietnam, etc. También difieren los países respecto a la condición familiar o sexual de los comitentes, que pueden acudir al alquiler de úteros, siendo algunos proclives a admitir a cualquier comitente, cónyuges del mismo o de distinto sexo, casados o solteros, en pareja o en solitario (algunos Estados de Estados Unidos, Australia o Canadá), mientras que, otros solo aceptan a parejas heterosexuales casadas (Georgia, India, Kazajistán, México o Ucrania). La filiación paterna y/o materna de los comitentes se establece, en algunos países, a través de una sentencia judicial (Canadá, Estados Unidos, Grecia o Sudáfrica), mientras que otros solo expiden el certificado de nacimiento de los menores con los datos de filiación de los comitentes, sin mencionar a la madre por sustitución (Georgia, México, Portugal, Rusia o Ucrania). Algunos países exigen un vínculo genético de los comitentes con el niño o la niña (Australia, Holanda, Israel, Reino Unido, Sudáfrica, Ucrania y en algunos lugares de Estados Unidos, como Illinois, New Hampshire o Virginia); sin embargo, en otros sitios es necesaria la adopción posterior del menor (Bélgica, Holanda, Israel, Reino Unido, Rumanía y España, en este último caso, respecto al cónyuge del padre biológico [art. 10.3 LTRHA]).

Muchos países favorables a la maternidad subrogada admiten abiertamente la posibilidad de que los extranjeros y extranjeras contraten a una madre subrogada en su territorio, y son pocos los que imponen restricciones, como

la nacionalidad o la residencia en el país de alguno de los comitentes (Lara Aguado, 2021a, pp. 63-110). Este es el caso de México (en Sinaloa y Tabasco solo pueden acceder a la gestación subrogada los ciudadanos mexicanos), Nepal, Tailandia, India (ciudadanos indios residentes en India o domiciliados en el extranjero; los extranjeros casados con indios tienen que llevar casados dos años y deben aportar un certificado acreditando su incapacidad para gestar), Grecia (la gestante o la comitente debe residir en el país), Israel (comitentes y gestante deben residir legalmente allí), Reino Unido (alguno de los comitentes tiene que tener *domicile* en Reino Unido, incluyendo las Islas del Canal y la Isla de Mann, o haber residido allí durante un año antes de iniciar el proceso de gestación subrogada) o Sudáfrica (la gestante debe residir allí, aunque la autoridad judicial sudafricana puede autorizarla si no tiene su domicilio en Sudáfrica).

Ante esta diversidad normativa y permisividad de los Estados, la nulidad del contrato de gestación por sustitución en España y en otros países de nuestro entorno no es un impedimento para la movilidad internacional física de muchos comitentes, lo que permite el nacimiento de muchos menores de madres subrogadas en el extranjero, dando lugar a obstáculos a la movilidad internacional jurídica de esos menores (Lara Aguado, 2021, pp. 165-223). La legalidad de la maternidad subrogada en los países donde se lleva a cabo impide considerarla una forma de adopción ilegal. Pero hay que tener en cuenta que, tras muchas formas de adopción legal, o de gestaciones por sustitución o de *kafalas* islámicas y otras medidas de protección de menores legalmente establecidas, en el Estado de origen, puede haber casos de explotación de menores y de trata, lo que aconsejaría reformar el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, para exigir que al menor se le efectúe una prueba de ADN antes de ser declarado adoptable. La clave para reducir las adopciones ilegales está en la supervisión de la cooperación al desarrollo para reducir la pobreza y evitar la mercantilización de los niños y las niñas adoptables y para que la infancia no se convierta en una fuente de ingresos para los países de origen y sus familias.

3. Conclusiones

Que la maternidad subrogada sea legal en el país en el que se lleva a cabo, y esto impida considerarla como una forma de adopción ilegal, no es óbice para luchar contra ella y considerarla una forma de trata. Hay que recordar que la esclavitud o el holocausto también fueron legales durante un tiempo. Si entendemos que la subrogación de la maternidad es una forma de venta de un menor, debe ser considerada una forma de esclavitud moderna, porque atribuye a los niños y niñas cualidades del derecho de propiedad e instrumentaliza a la madre subrogada, lo que atenta contra la dignidad humana.

El interés del menor debe ser tenido en cuenta antes de su nacimiento (interés del menor en abstracto, valorando su dignidad, su derecho a conocer sus orígenes, a no ser mercantilizado, a prevenir las situaciones de trata, a evitar que sea abandonado, etc.) y después de nacer (interés del menor en concreto, valorando su derecho a una nacionalidad, a su identidad, a su vida privada, a que se reconozca su filiación, etc.). La protección del interés del menor, en el primer momento, requeriría la reforma del Protocolo de Palermo para incluir expresamente la adopción ilegal de menores y la maternidad subrogada entre las formas de explotación constitutivas de trata, así como la negociación de un convenio internacional para la prohibición universal de la gestación por sustitución, por atentar contra los derechos de la mujer y de los menores, y por constituir una forma de violencia de género. Este objetivo es de difícil consecución, por los ingresos que la práctica de la maternidad subrogada genera y los intereses que hay detrás. No obstante, hay batallas que deben librarse, aunque sean difíciles, pues forman parte del compromiso con los derechos humanos, sin que baste firmar convenios internacionales que reconocen derechos a las mujeres y a la infancia, si no se asumen las obligaciones derivadas de los mismos. Concretamente, en el caso de la maternidad subrogada, es imprescindible su abordaje desde la perspectiva de género, porque las normas tienen un impacto enorme en la percepción por los hombres y por las mujeres de los roles asignados tradicionalmente a unos y a otras. No es una cuestión de moralidad, sino de derechos humanos.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Álvarez González, S. (2020). Luces y sombras en el primer dictamen del TEDH sobre la gestación por sustitución. En E. Pérez Vera, J. C. Fernández Rozas, M. Guzmán Zapater, A. Fernández Pérez y M. Guzmán Peces (Eds. Lit.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente* (pp. 101-121). Iprolex.
- Bellver Capella, V. (2015). ¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional. *SCIO. Revista de Filosofía*, (11), 19-52.
- Blanco-Morales Limones, P. (2015). Una filiación: tres modalidades de establecimiento. La tensión entre la ley, la biología y el afecto. *Bitacora Millenium DIPr.*, (1), 1-16. <http://www.millenniumdipr.com/archivos/1433416687.pdf>
- Bonet Pérez, J. (2017). La interpretación de los conceptos de esclavitud y de otras prácticas análogas a la luz del ordenamiento jurídico internacional: aproximación teórica y jurisdiccional. En E. Pérez Alonso (Dir.), *El Derecho ante las formas contemporáneas de esclavitud* (pp. 183-209). Tirant lo Blanch.
- Brunet, L. (2013). *A Comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States*. Study requested by the European Parliament's Committee on Legal Affairs, Parlamento Europeo. Dirección General de Asuntos Internos. Departamento de Derechos Ciudadanos y Asuntos Constitucionales.
- Deech, R. L. (1999). Clones, Ethics and Infertility or Sex, Sheep and Statutes. *2 Quinnipiac Health Law Journal*, 133 y ss.

- De Miguel Asensio, P. (2001). El Derecho internacional privado ante la globalización. *Anuario Español de Derecho internacional privado*, t. 1, 37-87.
- Echezarreta Ferrer, M. (2015). Filiación biológica versus filiación intencional: dos caminos para asumir la misma responsabilidad. *Revista Internacional de Ciencias Sociales Interdisciplinarias*, 4(2), 233-248.
- Farnós Amorós, E. (2010). Inscripción en España de la filiación derivada del acceso a la maternidad subrogada en California. *InDret*, (1), 1-25.
- Fernández Pérez, A. (2018, enero-abril). Aproximación al interés superior del menor en el derecho internacional privado español. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año L, (151), 107-134.
- Freeman, M. (1996). The new birth right? *The International Journal of Children's Rights*, 4, 273-297.
- García Rubio, M. P. (2020, agosto). ¿Qué es y para qué sirve el interés del menor? *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, (13), 14-49. http://www.revista-aji.com/wp-content/uploads/2020/09/1._M%C3%82%C2%AA._Paz_Garc%C3%83_a_Rubio_pp._14-49.pdf
- Gil Ruiz, J. M. (Ed. Lit.). (2018). *El Convenio de Estambul como marco de derecho antidisriminatorio*. Dykinson.
- González Martín, N. y Albornoz, M. M. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, XVI, 159-187.
- González Moreno, J. M. (2020). La “maternidad subrogada” como laboratorio de la biopolítica. *Anales de la Cátedra Francisco Suárez, Identidades, reconocimiento, derechos*, (54), 325-352.
- Hadjad Boudiaf, H. (2021). *Trata de seres humanas e infancia. Cuatro historias, cuatro vidas*. Editorial SG.

- Lara Aguado, Á. (2021). Movilidad internacional jurídica y física de las niñas y de los niños nacidos de contratos de gestación por sustitución desde una perspectiva de género. En F. J. Durán Ruiz (Dir.), *Retos de las migraciones de menores, jóvenes y otras personas vulnerables en la Unión Europea y España: respuestas jurídicas desde la perspectiva de género* (pp. 165-223). Aranzadi.
- Lara Aguado, Á. (2021a). Nacionalidad de las niñas y de los niños nacidos de contratos de maternidad subrogada en Estados Unidos y en Ucrania. En M. Moya Escudero (Dir.), *Movilidad internacional de personas y nacionalidad* (pp. 63-110). Tirant lo Blanch.
- Lara Aguado, Á. (2020). Una nueva forma de esclavitud: el alquiler de úteros. En E. J. Pérez Alonso y S. Olarte Encabe (Dirs.), y Mercado Pacheco, P., Ramos Tapia, M. I. (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 311-350). Tirant lo Blanch.
- Lara Aguado, Á. (2018, junio). La gestación subrogada: ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer? *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, (8), junio. https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=7baf8dac7295ae122974b97221ea981b&chash_t=11019a87283cc2bb2da2364e3c3b7d29
- Pérez Alonso, E. J., Olarte Encabo, S. (Dirs.) y Mercado Pacheco, P., Ramos Tapia, M. I. (Coords.). (2020). *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas*. Tirant lo Blanch.
- Presno Linera, M. A. y Jiménez Blanco, P. (2014). Libertad, igualdad, ¿maternidad? La gestación por sustitución y su tratamiento en la jurisprudencia española y europea. *Revista Española de Derecho Europeo*, (51), 1-39. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3137377

- Puleo, A. H. (2017). Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado: el alquiler de úteros como extractivismo. *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, primer semestre, 29, 165-184.
- Rivas Vallejo, P. (2020). Las fronteras entre los conceptos de esclavitud, trabajo forzoso y explotación: perspectiva laboral y de género. En E. Pérez Alonso y S. Olarte Encabo (Dir.) y P. Mercado Pacheco e I. Ramos Tapia (Coords.), *Formas contemporáneas de esclavitud y derechos humanos en clave de globalización, género y trata de personas* (pp. 49-100). Tirant lo Blanch.
- Rubio Castro, A. (2017). Sujeto, cuerpo y mercado. Una relación compleja. En M. Casado (coord.), *De la solidaridad al mercado: el cuerpo humano y el comercio biotecnológico* (pp. 65-96). Ediciones de la Universidad de Barcelona.
- Sales Pallarés, L. (2019, octubre). La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 11(2), 326-347.
- Sánchez Jordán, M. E. (2020). La necesaria doble aproximación a la gestación subrogada. En particular, de los olvidados contratos de gestación por sustitución. *InDret* 4, 116-146.
- Scotti, L. B. (2013). El reconocimiento extraterritorial de la maternidad subrogada: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas. *Revista Pensar en Derecho*, (1), 267-269. <http://studylib.es/doc/5435774/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-%E2%80%9Cmaternidad-subr...>
- Steinbok, B. (2005). Defining parenthood. *The International Journal of Children's Rights*, 13, (1-2), 287-310.
- Tamayo Haya, S. (2013). Hacia un nuevo modelo de filiación basado en la voluntad en las sociedades contemporáneas. *Revista Digital de la Facultad de Derecho*, (6), 261-316. <http://portal.uned.es/>

pls/portal/docs/PAGE/UNED_MAIN/LAUNIVERSIDAD/
UBICACIONES/06/PUBLICACIONES/REVISTA%20
DIGITAL%20FACULTAD%20DE%20DERECHO/
NUMEROS%20PUBLICADOS/NUMERO%20VI/
NUEVOMODELODEFILIACION.PDF

Todorova, V. (2010). *Recognition of parental responsibility: biological parenthood v. legal parenthood, i.e. mutual recognition of surrogacy agreements: What is the current situation in the MS. Need for EU action?* European Parliament.

Vela Sánchez, A. J. (2013, 4 de abril). La gestación por encargo desde el análisis económico del Derecho. *Diario La Ley*, (8055), Sección Doctrina, Año XXXIV, Ref. D-122, 1-9.

Vonk, M. (2008). The role of formalised and non-formalised intentions in legal parentchild relationships in Dutch Law. *Utrecht Law Review*, 4(2), 117-134. <http://www.utrechtlawreview.org>

Wallbank, J. (2002). Too Many Mothers? Surrogacy, Kinship and the Welfare of the Child. *Medical Law Review*, 10, 271-294.