



**PERTINENCIA Y VIABILIDAD DE PROSEGUIR LOS TRABAJOS EN EL MARCO DEL  
PROYECTO DE FILIACIÓN / MATERNIDAD SUBROGADA**

*elaborado por la Oficina Permanente*

*Documento Preliminar N° 3 B de abril de 2014 a la atención del  
Consejo de abril de 2014 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia*

## ÍNDICE

|             |                                                                                                                                                                                                                                       |           |
|-------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| <b>I.</b>   | <b>INTRODUCCIÓN .....</b>                                                                                                                                                                                                             | <b>3</b>  |
| <b>II.</b>  | <b>DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN LEGAL: UN ASUNTO DE INTERÉS INTERNACIONAL CON IMPLICACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....</b>                                                                                    | <b>7</b>  |
| <b>III.</b> | <b>BREVE PRESENTACIÓN DEL "ESTUDIO SOBRE FILIACIÓN LEGAL Y CUESTIONES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA DE CARÁCTER INTERNACIONAL" .....</b>                                                                          | <b>12</b> |
| A.          | Determinación e impugnación de la filiación legal en el derecho interno .....                                                                                                                                                         | 12        |
| B.          | Reglas de derecho internacional privado y de cooperación en materia de filiación legal .....                                                                                                                                          | 13        |
| C.          | Acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional: análisis detallado de un fenómeno concreto .....                                                                                                                          | 15        |
| <b>IV.</b>  | <b>PERTINENCIA Y VIABILIDAD DE PROSEGUIR LOS TRABAJOS SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVAS A LA FILIACIÓN LEGAL Y LAS DERIVADAS DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA DE CARÁCTER INTERNACIONAL.....</b> | <b>16</b> |
| A.          | Pertinencia: ¿Es necesario proseguir los trabajos internacionales?.....                                                                                                                                                               | 16        |
| B.          | Viabilidad: ¿sería posible alcanzar un consenso respecto de un enfoque multilateral?.....                                                                                                                                             | 19        |
| <b>V.</b>   | <b>"PRÓXIMAS ETAPAS" RECOMENDADAS.....</b>                                                                                                                                                                                            | <b>31</b> |
|             | <b>ANEXOS .....</b>                                                                                                                                                                                                                   | <b>34</b> |
|             | ANEXO A – GLOSARIO ACTUALIZADO .....                                                                                                                                                                                                  | I         |
|             | ANEXO B – DISTRIBUCIÓN GEOGRÁFICA DE LAS RESPUESTAS RECIBIDAS POR LA OFICINA PERMANENTE A LOS CUESTIONARIOS N° 1 Y 2 .....                                                                                                            | III       |

## I. INTRODUCCIÓN\*<sup>1</sup>

### **Contexto del proyecto y mandatos recibidos por la Oficina Permanente**

1. El tema de las "cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto jurídico de los niños" figura en el orden del día del programa de trabajo de la Conferencia de La Haya desde 2010, año en que los Miembros de la Organización sugirieron que la Oficina Permanente le dedicase una nota preliminar "en particular en cuanto al reconocimiento [transfronterizo] de la filiación"<sup>2</sup>. En aquel momento, los Miembros reconocieron también "la complejidad de las cuestiones relativas al derecho internacional privado y a la protección de los niños derivadas del creciente número de acuerdos internacionales de maternidad subrogada\*\*"<sup>3</sup>. La nota preliminar solicitada<sup>4</sup> describía la correlación entre las normas de derecho internacional privado relativas a la filiación determinada legalmente (en adelante, filiación legal) y ciertas cuestiones suscitadas en el contexto de los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional (en lo sucesivo, "AMSI"); por otra parte, recogía ciertas cuestiones más amplias relacionadas más específicamente con la maternidad subrogada de carácter internacional<sup>5</sup>.

2. En 2011, los Miembros invitaron a la Oficina Permanente a intensificar sus trabajos en ese ámbito destacando el amplio abanico de cuestiones resultantes de los AMSI, y a presentar un informe preliminar sobre los progresos realizados en 2012<sup>6</sup>. Aunque los Miembros acogieron favorablemente el *Informe Preliminar* sobre los AMSI<sup>7</sup>, se decidió que por el momento el alcance del trabajo tenía que seguir siendo amplio y que la Oficina Permanente tenía que seguir estudiando las cuestiones suscitadas en relación con el reconocimiento de la filiación, sin limitar sus trabajos a la maternidad subrogada de carácter internacional. Para ello, se solicitó a la Oficina Permanente que "continuase el trabajo que le había encomendado el Consejo de 2011"<sup>8</sup>, que consistía especialmente en recabar información sobre "las necesidades prácticas en ese ámbito, los desarrollos comparativos relativos al derecho interno y al derecho internacional privado, así como las perspectivas de alcanzar un consenso sobre un enfoque mundial", y a consultar a "los juristas, a los profesionales de la salud y a otros profesionales implicados, acerca de la

---

\* Se agradece a la Oficina de Interpretación y Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores de España la traducción *ad honorem* del documento.

\*\***Nota aclaratoria:** En el presente documento se utiliza el término "maternidad subrogada", empleado también en el Documento Preliminar N° 3 A de abril de 2013. La Oficina Permanente es conocedora de las múltiples variaciones del término (entre otros, el de « gestación por sustitución »), por lo que considera preciso que el grupo de expertos que sobre la materia pudiera constituirse debata la terminología a emplear en esta materia.

<sup>1</sup> La Oficina Permanente quiere dar las gracias a Hannah Baker (Oficial jurídica senior), autora de este Documento Preliminar y del "Study on legal parentage and issues arising from international surrogacy arrangements". La Oficina Permanente quiere dar las gracias también a Laura Martínez-Mora (Oficial jurídica principal) y a William Duncan (asesor de la Oficina Permanente) por sus consejos y asistencia, así como a Anna Bertram (becaria) por la asistencia que ha prestado a las investigaciones, y a Lukas Rass-Masson, por su ayuda en lo referente al derecho francés.

<sup>2</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de abril de 2010 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, pp. 3 y 4, disponible en el sitio web de la Conferencia, < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, "Trabajo en curso", luego "Asuntos Generales". Esta sugerencia fue propuesta por primera vez durante las consultas informales relativas al futuro programa de trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en 2001 (*Observaciones sobre la estrategia de la Conferencia de La Haya – Observaciones de otros organismos internacionales y observaciones expresadas con carácter individual, en respuesta a la carta del Secretario General 30-31 de julio de 2001* (Doc. Prel. N° 20 para la decimonovena sesión)).

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> [Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements](#), Doc. Prel. N° 11 de marzo de 2011 a la atención del Consejo de abril de 2011 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en la página web de la Conferencia de La Haya, en la dirección < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, en "Filiación / maternidad subrogada", (en adelante, "Nota Preliminar de 2011") .

<sup>5</sup> Véase sección VI de la Nota preliminar de 2011 (*ibid.*).

<sup>6</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, aps. 17 a 20.

<sup>7</sup> A [Preliminary Report on international surrogacy arrangements](#), Doc. Prel. N° 10 de marzo de 2012 a la atención del Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, disponible en el sitio web de la Conferencia de La Haya, < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, en la sección "Filiación / maternidad de sustitución" (en adelante, *Informe Preliminar de 2012*).

<sup>8</sup> Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia, ap. 21.

naturaleza de las repercusiones de los problemas suscitados en ese ámbito"<sup>9</sup>. Además, se solicitó a la Oficina Permanente que preparase un cuestionario y que lo remitiese a los Miembros y a los Estados no miembros interesados para recabar información más detallada relativa al alcance y a la naturaleza de las cuestiones de derecho internacional privado planteadas por la filiación legal, en particular en el contexto de la maternidad subrogada de carácter internacional. Asimismo, el cuestionario tenía que "determinar los distintos puntos de vista sobre las necesidades que se han de tratar y los enfoques que se han de adoptar" en relación con la posible prosecución del trabajo a nivel internacional<sup>10</sup>. Se invitó a la Oficina Permanente a presentar un informe ante el Consejo en 2014<sup>11</sup>.

### **Trabajos realizados desde 2012: el proceso de consulta**

3. En respuesta a ese mandato, la Oficina Permanente emprendió un amplio proceso de consulta con vistas a recoger información de los principales agentes implicados en todo el mundo. En el marco de este proceso, se prepararon y difundieron cuatro cuestionarios que se remitieron: (1) a los Miembros y Estados no miembros interesados<sup>12</sup>; (2) a los juristas con experiencia en este ámbito; (3) a los profesionales de la salud con experiencia en este ámbito; y (4) a las agencias de maternidad subrogada<sup>13</sup>. Además, la Oficina Permanente siguió consultando y colaborando con organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales influyentes que trabajan en ámbitos afines<sup>14</sup>, llevando a cabo paralelamente sus propios trabajos de investigación y seguimiento.

4. Este amplio proceso de consulta ha permitido a la Conferencia de La Haya reunir la siguiente información: 46 respuestas de Estados al Cuestionario N° 1, procedentes de 40 Estados miembros y de seis Estados no miembros<sup>15</sup>, que representan a seis regiones distintas<sup>16</sup>; 50 respuestas de abogados al Cuestionario N° 2 de 20 Estados diferentes<sup>17</sup>, que representan a seis regiones distintas<sup>18</sup>, así como dos respuestas de asociaciones de juristas<sup>19</sup>; 11 respuestas de profesionales de la salud al Cuestionario N° 3, de seis Estados<sup>20</sup>; y seis respuestas de agencias de maternidad subrogada al Cuestionario N° 4, de cuatro Estados<sup>21</sup>. Además, tres asociaciones de progenitores comitentes situadas en Francia, Alemania y España han coordinado las 31 respuestas de personas / parejas que

<sup>9</sup> Véase la nota 6.

<sup>10</sup> Véase nota 8 *supra*.

<sup>11</sup> *Ibid.*

<sup>12</sup> "Cuestionario relativo a cuestiones de derecho internacional privado en torno al estatuto de los niños, incluyendo los acuerdos internacionales de maternidad subrogada (Cuestionario N° 1), Doc. Prel. N° 3 A de abril de 2013 a la atención del Consejo de abril de 2014 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia", disponible en la página web de la Conferencia de La Haya, < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, "Filiación / maternidad de sustitución".

<sup>13</sup> Los Cuestionarios N° 2 a 4 podían cumplimentarse también *on line*, desde la nueva Sección especializada dedicada al proyecto: < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, "Filiación / maternidad subrogada". Siguen estando disponibles en formato Word en la Sección especializada.

<sup>14</sup> Descritos en el ap. 4 siguiente. En ciertos casos en que la experiencia era ya bastante avanzada en un Estado en concreto, ha habido organizaciones no gubernamentales o asociaciones profesionales *nacionales* que compartieron su experiencia con la Oficina Permanente.

<sup>15</sup> Se han recibido respuestas de los siguientes Estados: Alemania, Australia, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Chipre, Colombia, Corea, Croacia, Dinamarca, El Salvador, Eslovaquia, España, Estados Unidos de América, Federación Rusa, Filipinas, Finlandia, Guatemala, Hungría, Irlanda, Islandia, Israel, Japón, Letonia, Lituania, Madagascar, Mauricio, México, Mónaco, Noruega, Nueva Zelanda, Países Bajos, Polonia, Portugal, República Dominicana, República Checa, Rumanía, Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte (Reino Unido), Serbia, Sri Lanka, Suecia, Suiza, Tailandia, Turquía y Uruguay. Salvo expresa solicitud en contrario, estas respuestas se han publicado en la página web de la Conferencia de La Haya, en la Sección especializada "Filiación / maternidad subrogada" (véase la nota 13).

<sup>16</sup> África, Asia, Europa, Oceanía, Norteamérica y Sudamérica.

<sup>17</sup> Se han recibido respuestas de abogados de los siguientes Estados: Albania, Argentina, Australia, Canadá, Dinamarca, España, Estados Unidos de América, Etiopía, Francia, India, Irlanda, Israel, Japón, México, Nueva Zelanda, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Ucrania y Venezuela.

<sup>18</sup> África, Asia, Europa, Oceanía, Norteamérica y Sudamérica.

<sup>19</sup> *La American Bar Association* (en adelante, "ABA") y la *American Academy of Assisted Reproductive Technology Attorneys* (en adelante, "AAARTA").

<sup>20</sup> Se han recibido respuestas de profesionales de la salud de los siguientes Estados: Brasil, Dinamarca, España, India, Letonia y República Checa.

<sup>21</sup> Se han recibido respuestas de agencias sitas en los siguientes Estados: Canadá, Estados Unidos de América, India y el Reino Unido.

han suscrito personalmente un AMSI<sup>22</sup>. Por otra parte, la Oficina Permanente ha recibido dos respuestas de trabajadores sociales: la primera del Servicio Social Internacional y la segunda de un grupo compuesto por universitarios, investigadores y especialistas en asistencia social<sup>23</sup>, así como información procedente de otras grandes organizaciones no gubernamentales<sup>24</sup>. Así, las respuestas al proceso de consulta reflejan la opinión de un amplio abanico de agentes implicados, de especialidades profesionales variadas y de orígenes geográficos distintos. La información reunida ha permitido hacer un inventario mucho más rico de los enfoques adoptados por los Estados en materia de filiación legal, ya sea a nivel interno como a nivel de derecho internacional privado, así como del fenómeno de la maternidad subrogada de carácter internacional. La Oficina Permanente quiere agradecer muy sinceramente a las personas que han dedicado tiempo a compartir con ella esta valiosa información, su experiencia, incluso su experiencia personal, con el fin de prestar asistencia a los trabajos de la Conferencia de La Haya.

5. No obstante, conviene tener presentes las siguientes limitaciones en cuanto a las respuestas, en particular al Cuestionario N° 1 (dirigido a los Estados): (1) inevitablemente, no todos los Estados han podido responder siempre a todas las preguntas; un Estado que respondió al Cuestionario puede no haber podido disponer de información en ciertos ámbitos; (2) se ha considerado que la información proporcionada en las respuestas era exacta, sin haber comprobado las fuentes por falta de tiempo y de recursos; (3) aunque la información procede de Estados de muchas regiones del mundo con distintas culturas jurídicas y también sociales y políticas, algunas zonas geográficas no están bien representadas en las respuestas — por ejemplo, sólo dos Estados africanos han respondido al Cuestionario N° 1<sup>25</sup>; en general, los Estados con sistema jurídico basado total o parcialmente en la *Sharia*, no han respondido; (4) por último, la Oficina Permanente reconoce que, a pesar de todos sus esfuerzos, los Estados que representan un tipo concreto de enfoque en ciertos ámbitos (por ej. un enfoque liberal sobre los acuerdos de maternidad subrogada con fines lucrativos) no están representados (en absoluto, o no suficientemente) en las respuestas. En la medida de lo posible, la Oficina Permanente ha completado la información que falta realizando ella misma las investigaciones necesarias o gracias a la información de la que ya disponía, y también gracias a las respuestas a otros cuestionarios, en cuyo caso se indica siempre que la información en cuestión no ha sido proporcionada por el propio Estado.

### ***Objetivos, alcance y estructura del Documento Preliminar***

6. El objetivo de este Documento Preliminar es presentar a los Miembros: (1) un análisis claro y conciso sobre la pertinencia y la viabilidad, para la Conferencia de La Haya, de proseguir el trabajo sobre los aspectos del derecho internacional privado de la filiación legal y sobre las cuestiones que suscitan los AMSI; y (2) las "próximas etapas" recomendadas, para su debate. Así, este documento adopta un enfoque práctico y se esfuerza por centrarse en las decisiones que deberán tomar los Miembros en la próxima reunión del Consejo en 2014<sup>26</sup>.

7. No obstante, este análisis de pertinencia / de viabilidad y las recomendaciones con vistas a futuros trabajos están inspirados en el documento detallado que es el [Study on Legal Parentage and the issues arising from International Surrogacy Arrangements](#)<sup>27</sup> (en adelante, el "Estudio", que únicamente se encuentra disponible en inglés y francés) sobre los (centenares de páginas de) datos procedentes del proceso de consulta anteriormente

<sup>22</sup> Dichas personas / parejas tienen su residencia habitual en los tres Estados donde se encuentran las asociaciones de progenitores comitentes, a saber, Alemania (7 respuestas), España (10 respuestas) y Francia (14 respuestas). No obstante, una de las parejas que tenía su residencia habitual anterior en España se ha trasladado a otro Estado después del AMSI.

<sup>23</sup> Tres expertos en asistencia social (dos del Reino Unido y uno de Australia) que trabajan en los ámbitos de la reproducción asistida y de las familias no tradicionales, incluida la maternidad subrogada.

<sup>24</sup> Entre ellas, la Asociación Europea de Encargados del Registro Civil (EVS), CLARA (Francia) y Families Thru Surrogacy (Australia).

<sup>25</sup> Madagascar y Mauricio.

<sup>26</sup> Reunión del Consejo de Asuntos Generales y Política de la Conferencia de La Haya (8-10 de abril de 2014).

<sup>27</sup> Adjunto a este Doc. Prel.

descrito<sup>28</sup> así como trabajos de investigación y seguimiento llevados a cabo independientemente por la Oficina Permanente, en particular en relación con los (demás) trabajos regionales e internacionales que existen en la materia. De hecho, este Estudio reúne los datos sobre los que se ha preparado este Documento Preliminar; a este respecto, se debe considerar parte integrante del mismo<sup>29</sup>.

8. Dado el volumen y la envergadura de los datos recibidos en el marco del proceso de consulta<sup>30</sup>, si este Estudio fundamental se hubiese presentado en su versión completa a los miembros *unido* a un documento preliminar a la atención del Consejo, el documento resultante habría sido muy largo y técnico. No obstante, debido a su importancia fundamental para los Miembros —en tanto reúne los datos para redactar este documento, pero también, de manera más general, como fuente de información pertinente (que no se puede encontrar en otro sitio) que puede resultar útil para los Miembros en su trabajo político y legislativo — la Oficina Permanente ha considerado importante ponerlo a su disposición<sup>31</sup>. Por ello, la Oficina Permanente ha decidido presentar un breve resumen del Estudio en la sección III de este documento, adjuntando la versión íntegra del Estudio: no duda de que los Miembros que deseen estudiar en profundidad el análisis comparativo, regional e internacional que sirvió para preparar este Documento Preliminar consultarán el Estudio. Por otra parte, este documento incluye remisiones al Estudio, que se debe consultar paralelamente para permitir una lectura completa.

9. El alcance del presente Documento Preliminar, así como del Estudio en que se basa, sigue siendo amplio, como lo solicitaron los Miembros<sup>32</sup>: estudia la determinación legal de la filiación y la impugnación desde el punto de vista del derecho internacional privado, sin limitarse a estudiar los AMSI. No obstante, para no caer en la desmesura, se ha limitado el alcance de los trabajos, en el sentido de que se estudian las cuestiones de derecho internacional privado suscitadas en relación con la filiación legal (y ciertas consecuencias jurídicas derivadas de ellas), pero no se abarcan sus otros efectos (por ej. los relativos a los apellidos de los niños). Así, la cuestión de la autenticidad de los certificados de estado civil (es decir, legalización o colocación de una apostilla<sup>33</sup>) y los aspectos prácticos formales del intercambio transfronterizo de dichos documentos<sup>34</sup> (por ej. exigencias en materia de traducción) ya no se tratan en esta fase.

10. El Documento Preliminar tiene la siguiente estructura:

- 1) empieza con una presentación del contexto en que se produce el debate sobre la filiación legal, y recuerda por qué la filiación legal se ha convertido en una cuestión de interés internacional (**sección II**);
- 2) continúa con una descripción muy breve del Estudio (**sección III**), y hace una síntesis de las conclusiones del Estudio en relación con las normas de derecho interno y de derecho internacional privado de los Estados en materia de filiación legal, su enfoque de los AMSI y los desarrollos bilaterales, regionales e internacionales pertinentes en esos ámbitos;
- 3) a continuación examina la pertinencia y la viabilidad de proseguir los trabajos internacionales a la luz del Estudio y de las opiniones expresadas por los Miembros y otros agentes implicados en el marco del proceso de consulta (**sección IV**)

<sup>28</sup> Véanse *supra* los aps. 3 y 4.

<sup>29</sup> Como se ha indicado en otro contexto, "el análisis comparativo sistemático de las normas existentes es el punto de partida de un debate informado" y constituye una sólida base para contemplar con conocimiento de causa la posible prosecución de los trabajos internacionales en la materia (véase *Birtright Citizenship: Trends and Regulation in Europe*, M. P. Vink y G-R. de Groot (noviembre de 2010) para el Observatorio Europeo de la Ciudadanía (EUDO), disponible en < [www.eudo-citizenship.eu](http://www.eudo-citizenship.eu) >).

<sup>30</sup> Que abarcan las normas de derecho interno y de derecho internacional privado relativas a la filiación legal, así como las leyes y usos relativos a los AMSI.

<sup>31</sup> Si se continúan los trabajos en este ámbito, cabe pensar también que el Estudio servirá de referencia a cualquier grupo de expertos que pudiera constituirse.

<sup>32</sup> Véase *supra* ap. 2.

<sup>33</sup> A este respecto, véase el *Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 suprimiendo la exigencia de la legalización de los documentos públicos* ("Convenio Apostilla").

<sup>34</sup> A este respecto, véanse los trabajos de la Comisión Internacional del Estado Civil < <http://www.ciec1.org/> > (en adelante, "CIEC").

antes de terminar recomendando las "próximas etapas" que deben contemplar los Miembros (**sección V**).

11. Es importante subrayar que este Documento Preliminar y el Estudio no se consideran documentos "definitivos"<sup>35</sup>: se deben entender más bien como etapas de un proceso. Por más que el volumen de información recabada sea enorme, sigue habiendo lagunas importantes y se requieren trabajos adicionales para que avance este proyecto<sup>36</sup>. Además, a la vista de la velocidad con que evolucionan las normas nacionales y regionales en la materia, tanto desde el punto de vista legislativo como jurisprudencial<sup>37</sup>, es imposible presentar un documento que se considere "definitivo" en el sentido de que proporcione una descripción acabada e indefectible.

12. Por último, conviene indicar que el Glosario publicado en 2012 se ha revisado a la luz de los comentarios recibidos en el marco del proceso de consulta y se ha completado para las necesidades de este documento. El Glosario actualizado figura en el **anexo A**. Además, en el **anexo B** se adjuntan mapas que ilustran las respuestas a los Cuestionarios N° 1 y 2.

## II. DETERMINACIÓN E IMPUGNACIÓN DE LA FILIACIÓN LEGAL: UN ASUNTO DE INTERÉS INTERNACIONAL CON IMPLICACIONES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

13. Como se indica en la Nota Preliminar de 2011<sup>38</sup>, en estas últimas décadas, las evoluciones demográficas, sociales y científicas han convergido, de modo que la cuestión de a quiénes debe identificar la ley como progenitores de un niño es hoy en día más compleja y difícil que nunca<sup>39</sup>. Las tendencias observadas en 2011 se han confirmado a lo largo de estos tres últimos años; por otra parte, se pueden determinar nuevos esquemas, lo que demuestra que la complejidad creciente de esta cuestión se prolongará en el futuro.

14. Desde el punto de vista demográfico, la diversidad creciente de las formas de familias en numerosos Estados hace que en 2014 los niños vivan en hogares de una diversidad que no se podía imaginar siquiera hace tan solo unas décadas. Por ejemplo, el número de nacimientos fuera del matrimonio ha seguido creciendo en numerosos Estados: en algunos de ellos, representa al menos el 50 % de los nacimientos<sup>40</sup>. Asociado a este fenómeno, la "notable caída" en la tasa de nupcialidad en numerosos Estados ha ido acompañada de un "incremento significativo de la prevalencia de las demás formas de unión consensuada" (por ej. de la convivencia fuera del matrimonio)<sup>41</sup>. La tasa de divorcio, por su parte, ha

<sup>35</sup> Las Conclusiones y Recomendaciones del Consejo de abril de 2012 sobre Asuntos Generales y Política de la Conferencia (véase *supra* nota 8 *supra*) mencionaban un informe "definitivo".

<sup>36</sup> Véase asimismo la **sección V**: se sugiere también en esta sección que el Estudio podría considerarse un documento "evolutivo", que se iría actualizando a medida que se recabase nueva información.

<sup>37</sup> Así lo demuestra el **Estudio**: véase, por ej. en la parte A, sección 1(g) y en la parte C, sección 3.

<sup>38</sup> Nota Preliminar de 2011 (véase nota 4 *supra*), aps. 6 a 9.

<sup>39</sup> Ciertas cuestiones relativas a la filiación legal, o a la sucesión no son nuevas, por ej. las cuestiones derivadas de los nacimientos extramatrimoniales. No obstante, debido a la evolución demográfica, las dificultades vinculadas a estas cuestiones son más frecuentes hoy en día que en las décadas anteriores. Añadiéndose a las cuestiones más antiguas del derecho sucesorio, constituyen una multitud de nuevos desafíos surgidos como consecuencia de la aparición de nuevas formas de familia y de los progresos de la medicina.

<sup>40</sup> Base de datos de la OCDE sobre la familia < <http://www.oecd.org/fr/social/soc/labasededonneesdelocdesurlafamille.htm> >, "SF2.4: *Proportion de naissances hors mariage*" (actualizado el 31 de enero de 2013). Esta cifra puede incluir a los hijos nacidos de parejas no casadas o de familias monoparentales. La base de datos sobre la familia pone de manifiesto que los nacimientos fuera del matrimonio se han incrementado en numerosos Estados de la OCDE "pero no en todos". Además, a este respecto, existen grandes diferencias entre Estados de la OCDE: por ej., menos del 10 % de los niños nacen fuera del matrimonio en Corea, Japón, y Grecia, mientras que el 50 % o más nacen fuera del matrimonio en Francia, Eslovenia, México y los países nórdicos (excepto Dinamarca).

<sup>41</sup> Base de datos de la OCDE sobre la familia (ibíd.), "SF3.1: *Mariage et taux de divortialité*" (actualizado el 31 de enero de 2013). Se ha destacado la notable caída en la tasa de nupcialidad en casi todos los Estados de la OCDE y de la UE. Véase también SF3.3: *Taux de cohabitation et fréquence des autres formes d'union consensuelle* (actualizado el 31 de enero de 2013).

seguido incrementándose en numerosos Estados<sup>42</sup>, contribuyendo más todavía al aumento del número de niños que viven en hogares monoparentales o en familias reconstituidas, o en una combinación de ambas. Además, desde 2011, cada vez más Estados, aunque siguen siendo minoritarios, han promulgado leyes que permiten formalizar relaciones fuera del matrimonio, ya sea para parejas de distinto sexo o del mismo sexo, o para ambas; o leyes que permiten el matrimonio entre personas del mismo sexo<sup>43</sup>. Mientras las formas de familia se diversifican, surgen preguntas en cuanto al estatuto jurídico que se ha de atribuir a los adultos que se ocupan de los niños que forman parte de las familias. Por ejemplo, ¿qué papel desempeña el matrimonio o cualquier otra situación familiar en la determinación legal de la filiación? ¿La intención de criar un niño, o el hecho de hacerlo, desempeña un papel en la determinación legal de la filiación? ¿Cómo debería tratar la ley los casos en que más de dos adultos desempeñan un papel parental a largo plazo en la vida de un niño? ¿Se trata de cuestiones de atribución de la *responsabilidad parental*? ¿Estas preguntas deben afectar al estatuto jurídico de esas personas respecto del niño (y *vice versa*)<sup>44</sup>?

15. Las cuestiones relativas a la filiación legal que suscitan los progresos científicos no son menos complejas. Desde la aparición de las pruebas de ADN, legisladores y órganos jurisdiccionales de todo el mundo se debaten sobre el papel que debe desempeñar la genética en la capacidad de determinar o impugnar la filiación legal, en particular cuando se trata de conciliarla con la estabilidad familiar. Al mismo tiempo, la aparición de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, "TRHA") ha complicado más aún la situación y afecta a un número importante y cada vez mayor de familias<sup>45</sup>. Esto se debe al índice de esterilidad, sobre todo en los países desarrollados donde las mujeres esperan más tiempo para formar una familia, a la evolución de las percepciones de las TRHA (a medida que se conoce más), a la disminución de su coste en ciertos Estados (o a la capacidad de viajar a otro Estado donde cueste menos), así como al hecho de que las personas que sufren infertilidad social intentan formar una familia recurriendo a esas técnicas<sup>46</sup>. De hecho, se considera que "han nacido alrededor de 5 millones de niños en

<sup>42</sup> Base de datos de la OCDE sobre la familia (ibíd.), *SF3.1: Mariage et taux de divortialité* (actualizado el 31 de enero de 2013), que indica que el índice de divorcios se ha incrementado en la mayoría de los Estados de la OCDE entre 1970 y 2010.

<sup>43</sup> Por ej. desde principios del año 2011, se han legalizado las uniones civiles o las uniones de hecho registradas entre personas del mismo sexo en Brasil (mayo de 2011), en Liechtenstein (septiembre de 2011) y en Chile (abril de 2013). Además, 16 Estados y 17 estados de Estados Unidos de América, es decir, 16 territorios más que en 2011, autorizan ya el *matrimonio* entre personas del mismo sexo (a enero de 2014, añadiéndose Inglaterra y Gales en marzo de 2014). No obstante, conviene indicar que esto no representa más que una minoría de Estados; de hecho, en 2011, los informes indicaban que la homosexualidad seguía estando tipificada como delito en 76 Estados (véase el Informe del Alto Comisario de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las "Leyes y prácticas discriminatorias y actos de violencia cometidos contra personas por su orientación sexual o su identidad de género" (A/HRC/19/41, presentado en la decimonovena sesión del Consejo de Derechos Humanos, disponible en la dirección < <http://www2.ohchr.org/> >).

<sup>44</sup> En ciertos aspectos, no es fácil hacer una distinción clara entre la atribución de responsabilidad parental y el "estatuto" de filiación legal, porque en ciertos Estados, la adquisición de la responsabilidad parental puede implicar de hecho la adquisición de cierto "estatuto jurídico". No obstante, numerosos sistemas jurídicos hacen esta distinción, y aunque varios individuos pueden gozar de la responsabilidad parental respecto de un niño, generalmente solo se considera a dos personas como sus progenitores legales (no obstante, en Canadá, una provincia ha determinado que un niño podía tener más de dos progenitores legales). También se hace esa distinción en materia de derechos del niño en el ámbito regional e internacional: véase por ej. el *Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 sobre competencia, ley aplicable, reconocimiento, ejecución y cooperación en materia de responsabilidad parental y medidas para la protección de los niños* (el "Convenio de 1996") que incluye explícitamente en su ámbito de aplicación material las medidas sobre responsabilidad parental y excluye las cuestiones relativas a la filiación legal (véanse los arts. 3 y 4 a)), así como el *Reglamento (CE) N° 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental* (el "Reglamento Bruselas II bis", véase el art. 1).

<sup>45</sup> Incluidas también las formas familiares más tradicionales: es decir parejas heterosexuales casadas. De hecho, resulta que entre los progenitores comitentes que celebran AMSI hoy en día, esas parejas son mayoría: véase el **Estudio**, ap. 140.

<sup>46</sup> Se considera que en 2010, había 48,5 millones de parejas en el mundo declaradas infértiles (es decir incapaces de tener un hijo después de cinco años): véase Mascarenhas et al. (2012), "*National, Regional, and Global Trends in Infertility Prevalence Since 1990: A Systematic Analysis of 277 Health Surveys*", *PLoS Med* 9(12): e1001356. Además, se considera que en el mundo, una de cada seis parejas "sufre de algún tipo de problema de infertilidad al menos una vez a lo largo de su edad reproductiva" (véase *ART fact sheet*, publicada por la Sociedad Europea de Reproducción Humana y Embriología (ESHRE), disponible en la dirección < <http://www.eshre.eu/Guidelines->

todo mundo [gracias a las TRHA] desde el primer bebé probeta [...] en 1978" y que hoy en día, "cada año se realizan alrededor de 1,5 millones de ciclos de TRHA en todo el mundo, dando lugar a unos 350 000 nacimientos"<sup>47</sup>. Además, dado que "se ha registrado un incremento anual de entre 5 a 10 puntos porcentuales en el número de ciclos [de TRHA] realizados en numerosos países desarrollados a lo largo de los últimos años", cabe deducir que el uso de las TRHA seguirá creciendo<sup>48</sup>. Si así fuese, es probable que en 2014 haya un récord de niños nacidos mediante TRHA<sup>49</sup>. Los sistemas jurídicos se enfrentan a la cuestión de si conviene autorizar las TRHA y, en caso afirmativo, de qué manera y en virtud de qué sistema reglamentario (en su caso). Además dichos sistemas se enfrentan también a cuestiones delicadas relacionadas con la filiación legal de los niños nacidos gracias a las TRHA, en particular a la importancia relativa que tienen la voluntad y la genética en la determinación de la filiación legal en esas circunstancias.

16. A menudo el derecho de familia no evoluciona a la par de los avances sociales y científicos, y este ámbito concreto no es una excepción a la regla. En estos últimos años, numerosos Estados acaban de empezar a asomarse a las cuestiones relativas a la determinación y la impugnación de la filiación legal en esas nuevas situaciones, mientras que algunos no han empezado siquiera<sup>50</sup>. Además, en este ámbito, las respuestas jurídicas reciben a menudo una fuerte influencia del entorno social, cultural y político que prevalece en el Estado en cuestión.

17. Si a este complejo panorama se añade el incremento creciente de la movilidad internacional de personas que provoca la globalización, se puede imaginar fácilmente la fuerte probabilidad de que aparezcan problemas y dificultades *transfronterizos*. Además, la diversidad de enfoques jurídicos observada en los Estados impulsa también el aumento de los desplazamientos transfronterizos, pues, por ejemplo, los progenitores comitentes buscan un Estado en que las condiciones médicas, financieras y jurídicas les favorezcan para emprender allí una TRHA o para celebrar allí un acuerdo de maternidad subrogada<sup>51</sup>. Hay que destacar que en este mundo globalizado, la "asistencia reproductiva

---

[and-Legal/ART-fact-sheet.aspx](#) >.) También es interesante destacar que la edad media de las madres primerizas ha incrementado en todos los países desarrollados desde los años noventa; hoy en día es una de las causas más frecuentes de infertilidad (ibíd.). Por otra parte, algunas personas intentan ya recurrir a las TRHA para tener un hijo debido a lo que se llama la "infertilidad social" (por ej. personas que, sin ese recurso, no podrían tener hijos por ser solteras o por su orientación sexual).

<sup>47</sup> Véase *ART fact sheet*, publicado por el ESHRE (ibíd.). Véase asimismo Sullivan EA et al., *International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technologies (ICMART) world report: assisted reproductive technology 2004* Hum Reprod 2013; 28: 1375-90, y, para Estados Unidos en particular, *Assisted Reproductive Technology Surveillance – United States, 2010*, publicado el 6 de diciembre de 2013 por el *National Center for Chronic Disease Prevention and Health Promotion* (CDC), que declara: "[desde] que el primer bebé estadounidense concebido gracias a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) nació en 1981, el recurso a tecnologías punta para superar la infertilidad así como el número de clínicas de reproducción asistida que ofrecen servicios de TRHA han aumentado de forma continuada en Estados Unidos" y "durante el periodo 1996-2010, el número de procedimientos de TRHA realizados en Estados Unidos se ha multiplicado por dos, mientras que el número de bebés nacidos a consecuencia de esos procedimientos casi se ha triplicado" (p. 10) (traducción de la Oficina Permanente). Hay que destacar que en este informe, la definición de las TRHA no incluye los tratamientos en los que se manipula el esperma (por ej. la inseminación intrauterina). Si se incluyesen, esas cifras serían todavía más altas.

<sup>48</sup> Ibíd. Aunque ciertos informes indican que el crecimiento es más lento (véase *ART fact sheet*, nota 46 *supra*), otras estadísticas indican que el tratamiento por FIV en particular sigue desarrollándose: por ej., el 24 de febrero de 2014, la *Society for Assisted Reproductive Technology* (SART) informó de que en 2012, el número de bebés nacidos en Estados Unidos de América por FIV había alcanzado el número récord de 61 000.

<sup>49</sup> Sin mencionar los acuerdos *informales* que puedan celebrarse entre adultos para tener un hijo (por ej. un hombre acuerda informalmente donar su esperma a una pareja o una persona y se concibe el hijo bien por inseminación artificial casera, bien mediante relación sexual) y la manera en que debe responder a ello la ley. Por otra parte, la ciencia no deja de complicar las cosas. En 2013, apareció un informe en que se indicaba que podría ser posible, en el futuro, que un niño tuviera *tres* progenitores *genéticos*. Los niños nacidos gracias a una "transferencia de ADN" poseerán ADN procedente de tres fuentes: más del 99,9 % procedente de los progenitores comitentes, pero también ADN procedente de las mitocondrias heredadas de la donante de ovocitos.

<sup>50</sup> Véase, en general, la parte A del **Estudio** y en cuanto a los nuevos resultados jurídicos en los Estados en particular, la parte A, sección 1(g).

<sup>51</sup> A veces pueden buscar un Estado favorable para instalarse a largo plazo para formar una familia: por ej. parejas del mismo sexo procedentes de un Estado en que no sea posible que los miembros de una pareja del mismo sexo sean ambos los progenitores legales de un niño (independientemente de que el niño sea adoptado o concebido a través de TRHA o en virtud de un acuerdo informal con terceros) pueden plantearse trasladarse a un Estado más favorable para formar una familia.

transfronteriza" que algunos tachan de "turismo reproductivo", es ya una práctica "bien arraigada"<sup>52</sup>. En términos jurídicos, en ciertos casos podrían ilustrar el *forum shopping*, es decir, la búsqueda de la jurisdicción más ventajosa<sup>53</sup>. No obstante, a menudo los progenitores comitentes no son conscientes (y tampoco se les informa) de que lo que vale en relación con su estatuto jurídico (y la de su hijo) en un Estado puede no valer en otro Estado, lo que puede tener serias consecuencias jurídicas para el niño<sup>54</sup>.

18. De hecho, conviene recordar y destacar lo siguiente: la filiación legal de los niños se ha convertido en un objeto de preocupación internacional precisamente porque *no* es un simple detalle jurídico en lo que se refiere a los niños. Hoy en día, es la clave de la que se derivan un gran número de obligaciones de los adultos respecto de los niños; es pues un estatuto jurídico del que los niños obtienen numerosos e importantes derechos, en particular derechos establecidos en virtud del derecho internacional. Ya se trate de la identidad de las personas encargadas de ocuparse de los niños (responsabilidad parental), de su apoyo económico (alimentos), de herencias o de nacionalidad, en muchos Estados, la identidad de las personas frente a las que los niños pueden reivindicar estos derechos (o, en ciertos casos, la cuestión del ejercicio propiamente dicho de esos derechos, por ej. la nacionalidad por filiación) depende a menudo de la respuesta a la sencilla pregunta: ¿quiénes son sus progenitores<sup>55</sup>?

19. En consecuencia, desde el punto de vista de los derechos del niño, es fundamental trabajar en la filiación legal. En efecto, el término "padres" aparece 36 veces en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño* (en adelante, "CDN"), a menudo en un contexto de exposición de los derechos que deben respetar los Estados para que un niño pueda establecer y mantener un vínculo con sus progenitores<sup>56</sup>, o en el contexto de la identificación de la persona encargada de velar porque un niño pueda ejercer un derecho en concreto<sup>57</sup>. En uno u otro caso, está claro que cierto grado de filiación es una condición previa para que un niño pueda gozar de gran parte de sus derechos. Evidentemente, dado que la CDN se redactó en los años ochenta, antes de que se conociesen la mayoría de las dificultades mencionadas en los anteriores apartados, el término "padres" se utiliza en ella sin especificar si designa a los progenitores biológicos, sociales o legales del niño y, a este respecto, plantea simplemente la cuestión de cómo tienen que determinar la "filiación" los Estados a esos efectos<sup>58</sup>. No obstante, a pesar de esta ambigüedad no hay que olvidar que, en un contexto transfronterizo, si la filiación de un niño resulta claudicante o incierta (porque dos Estados responden de manera distinta a

<sup>52</sup> Shenfield F. et al., *The European Society for Human Reproduction and Embryology (ESHRE) Taskforce on Cross border reproductive care. Cross border reproductive care in six European countries*, Human Reproduction, 2010, vol 25:1361–1368.

<sup>53</sup> No obstante, aunque las restricciones legales del Estado de origen no son en ningún caso la única razón que lleva a las personas a viajar al extranjero para someterse a TRHA, el Estudio europeo del ESHRE (ibid.) llega a la conclusión, a partir de los datos que ha recabado, de que "[las] principales razones de los desplazamientos son las restricciones legales derivadas de la prohibición de la técnica en sí o de su inaccesibilidad debido a las características de los pacientes (edad, orientación sexual, o situación familiar)" (p. 1367) (la traducción es nuestra).

<sup>54</sup> Aunque parece que ha habido iniciativas regionales dirigidas a mejorar la calidad de los servicios / atención médica prestados a los pacientes en el contexto de la asistencia reproductiva transfronteriza (por ej. la Guía de buenas prácticas del ESHRE en la materia, véase también la parte C, sección 3 del **Estudio**), las consecuencias jurídicas de las TRHA en el extranjero para los niños y sus familias parecen haber suscitado menos atención.

<sup>55</sup> En este caso, el término "progenitores legales" no se utiliza a propósito: en efecto, en ciertos Estados por ejemplo, la adquisición de la nacionalidad de los hijos por filiación dependerá de la filiación *genética* y no de la filiación legal: véase parte A, sección 1 (f) del **Estudio**.

<sup>56</sup> Por ej. los arts. 9 y 10 que se refieren al derecho del niño a no ser separado de sus padres y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos.

<sup>57</sup> Por ej. el art. 27(2) que dispone que "a los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar [...] las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño".

<sup>58</sup> Aunque la reciente "Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (art. 3 (1))" del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas estipula claramente que, en el contexto del derecho del niño a una vida familiar, salvaguardado en virtud del art. 16 de la CDN, el término "familia" debe "interpretarse en su sentido amplio, abarcando los padres biológicos y los padres adoptivos o los padres de acogida o, en su caso, los miembros de la familia ampliada o de la comunidad [...]" (ap. 59). Esta observación fue aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013 (en adelante, "Observación general N° 14 sobre el art. 3(1) de la CDN").

la pregunta "¿quiénes son sus progenitores?"), esto comprometerá seriamente la capacidad del niño para gozar de muchos de esos derechos (además del hecho de que esta situación, en sí, puede ser contraria a los arts. 7 y 8 de la CDN<sup>59</sup>). De hecho, si se produce esta situación, puede atentar a su vez contra otro de los derechos fundamentales del niño que figura no solo en la CDN sino también en muchos otros tratados regionales<sup>60</sup> e internacionales relativos a los derechos humanos, como es su derecho a no sufrir ninguna discriminación basada únicamente en la complejidad y las dificultades en torno a su nacimiento y su situación<sup>61</sup>.

20. Estas cuestiones están en el centro del gran interés internacional que suscitan y, en muchos casos, de las preocupaciones internacionales que han surgido respecto de los AMSI desde que la Conferencia de La Haya informó de las primeras dificultades relacionadas con esta cuestión, en 2011. En efecto, el hecho de que el fuerte y continuado incremento del número de AMSI celebrados en el mundo<sup>62</sup> se añada a la gravedad de las cuestiones que se plantean en esos casos<sup>63</sup> ha contribuido a aumentar el interés mundial por este asunto. Prueba de ello es el compromiso en este ámbito de varios organismos estatales, regionales e internacionales con los que la Conferencia de La Haya coopera de manera activa<sup>64</sup>. A nivel nacional, varios Estados ya han establecido directrices para las personas que tienen intenciones de celebrar un AMSI<sup>65</sup>. Además, varios Estados han lanzado iniciativas

<sup>59</sup> El art. 7 de la CDN dispone: "(1) El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. (2) Los Estados Partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida". El art. 8 dispone: "(1) Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas. (2) Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad."

<sup>60</sup> A nivel regional, otros derechos como el "derecho al respeto de su vida privada y familiar" (art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, el "CEDH")) se verán comprometidos también en esa situación. Dentro de la UE, esta situación puede afectar a la libre circulación de personas y dificultarla.

<sup>61</sup> Los Estados Partes en la CDN "respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de [...] [el] nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres" (art. 2(1)). En relación con esta disposición, el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su reciente Observación general N° 14 sobre el art. 3 (1) de la CDN (véase la nota 58 *supra*, ha declarado que eso "va más allá de la obligación pasiva [...] y requiere también [...] la adopción de medidas proactivas propias para garantizar efectivamente a todos los niños iguales oportunidades de ejercer los derechos enunciados en la Convención. Puede ser necesario para ello aplicar medidas positivas para poner remedio a una situación de desigualdad real" (ap. 41). Además, se encuentran también disposiciones de no discriminación cuya formulación es similar en, por ej., la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 2) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2), así como en instrumentos regionales, por ej. el art. 14 del CEDH. De hecho, la consulta a niños en el marco de trabajos sobre su estatuto jurídico en el contexto europeo ha permitido observar el efecto de la ausencia de reconocimiento jurídico sobre su vida y la estigmatización y la discriminación que han sufrido: véase el informe del Dr Kilkelly en el marco de los trabajos del Consejo de Europa sobre el estatuto jurídico (mencionado en CJ-FA (2011) RAP 5).

<sup>62</sup> Estudiado en la parte C, sección 1 del **Estudio**.

<sup>63</sup> Estudiados en la parte C, sección 2 del **Estudio**.

<sup>64</sup> Por ej., se puede citar el Servicio Social Internacional ("SSI", cuyo "Llamado a la acción" de 2013 declara que "la carga del tratamiento de casos del SSI a nivel global involucra cada vez más casos individuales de gestación, pero debe operar en un contexto de ausencia de un marco legal coherente y coordinado", véase el número especial del Boletín Mensual del SSI "Maternidad subrogada de carácter internacional y derechos del niño", N° 174 (julio-agosto de 2013), disponible en la dirección < [www.iss-ssi.org](http://www.iss-ssi.org) >), la CIEC (estudio comparado de 2014 sobre este tema), el informe sobre la maternidad subrogada encargado por la Comisión de Asuntos Jurídicos del Parlamento Europeo (que concluye que "todos los Estados miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad del niño de disponer de unos padres legales y un estatus civil claramente definidos"), el Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas (se han planteado cuestiones de derechos del niño en relación con los AMSI en el marco de procedimientos de presentación de informes por los Estados en relación con Israel, Alemania e India en 2013 y 2014 — véase además la parte C, sección 3 del **Estudio**), y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH) (que examina actualmente cuatro expedientes de AMSI y examinará otros próximamente — véase además la parte C, secciones 2 y 3 del **Estudio**), y las grandes organizaciones de juristas (por ej. la *International Law Association*, la *International Academy of Matrimonial Lawyers*, la ABA y la AAARTA tienen una participación activa en ese ámbito).

<sup>65</sup> Véase el ap. 216 del **Estudio**.

gubernamentales<sup>66</sup> y no gubernamentales<sup>67</sup> para ayudar a las familias en relación con los problemas actuales o para contemplar soluciones para mejorar la situación. Quizá no sea sorprendente, teniendo en cuenta ese grado de interés y de preocupación, que se haya requerido varias veces a la Conferencia de La Haya emprender una acción legislativa mundial respecto de la maternidad subrogada de carácter internacional<sup>68</sup>. Como muestra el Estudio (y como se menciona en la **sección III(C)** siguiente), el amplio proceso de consulta emprendido por la Oficina Permanente, incluida la información procedente de los Estados, los abogados especializados, las clínicas y agencias, así como las 30 respuestas de progenitores comitentes que han recurrido a un AMSI, revela además la fuerte preocupación existente en importantes ámbitos en los asuntos de maternidad subrogada de carácter internacional<sup>69</sup>.

### **III. BREVE PRESENTACIÓN DEL "ESTUDIO SOBRE FILIACIÓN LEGAL Y CUESTIONES DERIVADAS DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA DE CARÁCTER INTERNACIONAL"**<sup>70</sup>

#### **A. Determinación e impugnación de la filiación legal en el derecho interno**

21. El Estudio, en su parte A, sección 1, empieza analizando cómo los Estados abordan la determinación de la filiación legal en el contexto de la realidad actual, cómo resuelven las dificultades en esta materia y cómo repercuten estas cuestiones (en su caso) en la adquisición de la nacionalidad por parte de los niños. El objeto de este análisis es determinar el grado de armonización o de divergencia de la manera en que se abordan estas cuestiones, jurídicamente hablando, en el mundo<sup>71</sup>, y las potenciales cuestiones de conflicto de leyes que se derivan de ellas, además de evaluar hasta qué punto evolucionan las leyes en la materia. La parte A, sección 2 del Estudio continúa con una breve presentación de algunos de los trabajos pertinentes emprendidos a nivel federal, regional o internacional sobre la filiación legal, en particular con vistas a una armonización de las normas internas de derecho *material*, y analiza cómo estas iniciativas, tanto si han tenido éxito como si han fracasado, pueden resultar de utilidad para los trabajos de derecho internacional privado en la materia.

22. El Estudio concluye que las leyes internas de gran número de Estados relativas a la determinación y la impugnación de la filiación legal han sido influenciadas, a veces de manera considerable, por los cambios sociales, científicos y demográficos, en estos últimos cien años. De manera muy general, se pueden distinguir dos grandes "cambios" en el

<sup>66</sup> Por ej. los grupos de trabajo creados en Suecia y Suiza para estudiar las cuestiones derivadas de los AMSI; la legislación provisoria promulgada en Noruega; el grupo de trabajo interministerial creado en el Reino Unido; los trabajos emprendidos por el *Family Law Council* en Australia: véase además el **Estudio**, parte C, sección 3.

<sup>67</sup> Por ej. la creación de organizaciones no gubernamentales especializadas como en España, Francia y Australia.

<sup>68</sup> Por ej. el SSI, en su "llamado a la acción" de 2013 (véase la nota 64 *supra*), ha declarado que preveía "crear una campaña en toda la red para cabildear por [...] un convenio de La Haya relativo a la gestación subrogada internacional". Además, un informe redactado para la Comisión de Asuntos Jurídicos y Parlamentarios del Parlamento Europeo (*A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, de Brunet et al. (2013), disponible en inglés en la dirección <

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI\\_ET\(2013\)474403\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/join/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf) >, concluye que "[las] limitaciones territoriales de un régimen meramente interno de la UE ponen de manifiesto la pertinencia de contar con una respuesta más global" y que "convendría considerar la pertinencia de una solución mundial, por ej. basada en un Convenio de La Haya" (la traducción es nuestra) (véanse las pp. 191 y 194). Además, durante una Conferencia sobre práctica y derecho internacional de familia sobre el tema "Filiación, igualdad y género" llevada a cabo en Londres del 3 al 5 de julio de 2013, algunos participantes expertos en derecho internacional de familia concluyeron: "reconocemos que se necesita con urgencia un convenio internacional multilateral sobre maternidad subrogada" (la traducción es nuestra) (ap. 4). Numerosos comentaristas del mundo universitario han reclamado también la preparación de un instrumento internacional en la materia, mencionando justamente algunos de ellos trabajos auspiciados por la Conferencia de La Haya.

<sup>69</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 2.

<sup>70</sup> Adjunto al presente documento: véanse los aps. 7 y 8 anteriores relativos al hecho de que dicho **Estudio** se debe consultar en su integridad para analizar en profundidad los datos recibidos y las investigaciones emprendidas acerca de las normas de derecho interno y de derecho internacional privado relativas a la filiación legal y a los distintos enfoques de los AMSI.

<sup>71</sup> No obstante, conviene destacar las limitaciones geográficas de las respuestas recibidas por parte de los Estados, mencionadas anteriormente en el ap. 5.

pensamiento y en los enfoques jurídicos sobre la condición del niño que esos cambios han provocado durante ese periodo: (1) en primer lugar, la consideración del estado civil de los padres para determinar sus obligaciones respecto de su hijo (y por tanto los derechos adquiridos por el niño) ha sido sustituida por un enfoque que rechaza esa consideración por ser discriminatoria y redefine el fundamento de las obligaciones de los padres respecto de los hijos, utilizando en su lugar la determinación de un vínculo de filiación, que parece abierto a todos los niños sin distinción<sup>72</sup>. Como resultado de esta nueva forma de pensar, numerosas leyes han intentado determinar con eficacia un vínculo jurídico entre el niño y sus padres (término que designaba a los padres genéticos o "naturales" del niño, pues en aquella época había muy pocas alternativas posibles, por no decir ninguna); (2) en numerosos Estados, se produjo un segundo cambio décadas más tarde, a finales del siglo XX, cuando se cayó en la cuenta de que, si bien los progresos científicos permitían determinar la filiación genética casi con total exactitud, paradójicamente la genética ya no era el único criterio determinante para identificar a las personas que dan vida a niños y además ejercen socialmente las funciones de "padres". Los avances científicos y sociales habían modificado una vez más la situación: en ciertas circunstancias, unas personas podían tener intención de convertirse en "padres" o de dar su consentimiento para ello, independientemente de su relación genética con el niño que iba a nacer.

23. En su enfoque jurídico interno, muchos Estados (pero no todos, ni mucho menos) han superado el primer "cambio" ideológico. En cambio, el hecho de que un Estado concreto emprenda reformas legislativas u otras reformas jurídicas para tener en cuenta la segunda etapa de cambios, en uno u otro grado, depende a menudo de la situación cultural, social y a veces religiosa del Estado en cuestión. La imagen global resultante está lejos de ser uniforme; a pesar de cierta homogeneidad en cuanto a los principios básicos aplicables a la determinación de la filiación legal, presenta una diversidad considerable, en lo que se refiere a la determinación y la impugnación de la paternidad legal en particular (sobre todo para los hijos no matrimoniales), y la determinación y la impugnación de la filiación legal de manera general para los niños nacidos gracias a tecnologías modernas o en formas de familia más recientes. Esto sigue siendo así a pesar de los trabajos regionales e internacionales iniciados en el ámbito de la filiación legal, trabajos que en ciertos casos han sido objeto de controversia. Por otra parte, muchos Estados siguen estando en curso de adaptación, en particular porque las preocupaciones relativas al segundo conjunto de avances mencionado y por tanto las leyes internas han continuado evolucionando. Como se describe en el Estudio, esta inestabilidad del derecho interno no tiene que impedir los trabajos a nivel internacional. No obstante, en el cuadro general se destaca la importancia de centrarse en los puentes que conviene tender *entre* sistemas jurídicos, sobre la base de los principios comunes reconocidos a nivel internacional<sup>73</sup>, más que en trabajos dirigidos a armonizar el derecho material relativo a la filiación legal.

24. Un hecho importante es que esta diversidad de enfoques de los derechos internos tiene como consecuencia evidente la posibilidad de que surjan problemas transfronterizos en relación con la filiación legal de los niños en los casos de familias con vínculos con varios Estados, *si* esos Estados no tienen esencialmente el mismo enfoque en materia de derecho internacional privado<sup>74</sup>. La parte B del Estudio aborda precisamente este punto: ¿los Estados tienen normas de derecho internacional privado esencialmente similares en la materia? y en caso negativo, ¿sus enfoques revelan tendencias que podrían ser provechosas para los trabajos dirigidos a armonizar el derecho internacional privado?

## **B. Reglas de derecho internacional privado y de cooperación en materia de filiación legal**

<sup>72</sup> Como se describe en la parte A, sección 1 del **Estudio**, aunque los hijos nacidos fuera del matrimonio pueden determinar hoy en día su filiación legal, los métodos de determinación aplicables son a menudo distintos de los que se utilizan para los hijos nacidos de un matrimonio; por ello, puede resultar más difícil determinar en particular la paternidad legal del niño en cuestión. En consecuencia, la situación actual muestra todavía una diferencia de trato entre los hijos matrimoniales y los no matrimoniales.

<sup>73</sup> Por ej. los derechos de los niños expuestos en la CDN, así como la aceptación de la diversidad jurídica.

<sup>74</sup> Por ej. si todos los Estados tienen las mismas normas aplicables, y no es aplicable ninguna excepción de orden público o de otro tipo, puede que no haya "conflictos" en cuanto al resultado, a pesar de las diferencias existentes entre los derechos internos.

25. La parte B del Estudio se divide en tres partes: (1) empieza con un análisis comparativo de las normas de derecho internacional privado de los Estados, basado principalmente en las respuestas de los Estados al Cuestionario N° 1<sup>75</sup>; (2) continúa estudiando las gestiones emprendidas a nivel bilateral, regional o internacional para favorecer bien la cooperación transfronteriza en la materia, bien la unificación de las normas de derecho internacional privado; (3) por último, intenta averiguar si la determinación de la filiación legal provoca dificultades transfronterizas para las familias y los niños (exceptuando el ámbito de la maternidad subrogada de carácter internacional, que se examina en la parte C del Estudio). Este análisis tiene un objetivo doble: (i) determinar el grado de diversidad o de semejanza de las normas de derecho internacional privado de los Estados en la materia (en particular a la vista de los trabajos regionales e internacionales emprendidos con miras a la cooperación o la unificación de las mencionadas normas), con el fin de proporcionar una base científica al análisis de la *viabilidad* de futuros trabajos internacionales en ese ámbito<sup>76</sup>; y (ii) a través del estudio de los problemas transfronterizos (parte B, sección 3), evaluar la *pertinencia* — o la necesidad — de proseguir los trabajos fuera del ámbito de la maternidad subrogada de carácter internacional.

26. Por lo que se refiere a las normas de derecho internacional privado de los Estados relativas a la filiación legal, el Estudio concluye que a pesar de las grandes diferencias existentes en los enfoques nacionales con respecto a ciertas cuestiones (por ej. en qué circunstancias las autoridades de un Estado se declaran competentes para registrar el nacimiento de un niño nacido *fuera* del territorio nacional —y por tanto para determinar su filiación legal—, en qué circunstancias se declararán competentes para aceptar un reconocimiento voluntario de paternidad legal, así como las normas aplicables a la determinación legal de la filiación), existe una importante coherencia de los enfoques con respecto a otros ámbitos (por ej. en cuanto a la declaración de competencia de los tribunales cuando un niño ha nacido en el territorio del Estado); en otros ámbitos, pueden deducirse aspectos comunes (por ej. en cuanto a la interpretación y la aplicación de la excepción de orden público en la materia). Por otra parte, en cuanto a la manera en que los Estados abordan la filiación legal determinada en el extranjero, existe un contraste abismal en sus enfoques según la determinación se base en un documento público extranjero (por ej. un certificado de nacimiento o un reconocimiento voluntario) o en una resolución judicial extranjera. En cuanto a los documentos públicos extranjeros, los Estados han adoptado distintos enfoques de derecho internacional privado, que van desde el reconocimiento (bajo diferentes condiciones) hasta los métodos que se limitan a determinar de nuevo la filiación legal basándose en las leyes aplicables (que pueden implicar una aplicación coherente de la *lex fori*). En cuanto a las resoluciones *judiciales* extranjeras, sin embargo, el enfoque de los Estados es mucho más coherente: muchos más Estados adoptan un enfoque basado en el reconocimiento, a menudo sometido a normas indirectas de competencia y a ciertas garantías procesales (expresadas generalmente en forma de motivos de no reconocimiento).

27. La conclusión a la que se llega tras el análisis de las iniciativas bilaterales, regionales e internacionales en la materia (parte B, sección 2 del Estudio) es que, aunque existen muchos trabajos pertinentes que se han de tener en cuenta para reflexionar sobre la posibilidad de unificar las normas relativas a la filiación legal en el ámbito del derecho internacional privado y, en caso afirmativo, en la manera de hacerlo<sup>77</sup>, a nivel internacional todavía no se ha realizado trabajo alguno sobre la unificación general de estas normas, ni siquiera para establecer una cooperación transfronteriza en ese ámbito, en particular a la vista de la nueva realidad mundial que prevalece en materia de filiación legal. La Conferencia de La Haya podría, pues, intentar aprovechar la experiencia que existe a niveles regional, nacional e internacional, con la certeza de que no reproducirá los trabajos de otros organismos.

<sup>75</sup> Salvo indicación expresa en otro sentido.

<sup>76</sup> Véase *infra* la **sección IV**.

<sup>77</sup> Véase el **Estudio**, parte B, sección 2.

28. La parte B, sección 3 del Estudio presenta varios ejemplos de problemas transfronterizos relativos a la filiación legal y a la nacionalidad *fuera* del ámbito de la maternidad subrogada de carácter internacional<sup>78</sup>. Concluye que esos problemas transfronterizos se producen no solo debido a la diferencia entre los enfoques internos en materia de filiación legal sino también debido a la diferencia entre los enfoques de derecho internacional privado de los Estados. Además, parecen plantearse problemas desde el momento en que las normas de derecho internacional privado de un Estado adoptan un "enfoque basado en los conflictos de leyes" (es decir, un enfoque que acuda a las normas aplicables, incluso si eso consiste en aplicar sistemáticamente la *lex fori*) o, aunque quizá en menor medida, un "enfoque basado en el reconocimiento"<sup>79</sup>. No obstante, el resultado es a menudo el mismo para el niño: bien queda con un estatuto jurídico claudicante o incierto, bien queda en una situación incierta en la que su estatuto jurídico (filiación legal o nacionalidad) reposa en una base fáctica incorrecta en un Estado y puede ser impugnada en todo momento.

### **C. Acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional: análisis detallado de un fenómeno concreto**

29. En 2011, la Conferencia de La Haya constató que la maternidad subrogada de carácter internacional se había convertido en un "negocio mundial en pleno apogeo" de cuyos múltiples desafíos, y en particular de los que afectan al estatuto jurídico de los niños nacidos en virtud de esos acuerdos, la comunidad internacional todavía no tenía plena conciencia<sup>80</sup>. En 2014, este hecho está ampliamente reconocido, y la maternidad subrogada de carácter internacional se ha convertido en una cuestión de interés internacional y, en muchos medios, en una fuente de preocupación internacional<sup>81</sup>. No obstante, como recuerda el Estudio, en la medida en que la maternidad subrogada de carácter internacional afecta al estatuto jurídico de los niños y de los progenitores comitentes (es decir, a la filiación legal y sus consecuencias, como la nacionalidad), las partes B y C del Estudio, que analizan las normas de derecho interno y de derecho internacional privado de los Estados relativas a la filiación legal y a la nacionalidad, son directamente pertinentes, ya que el problema que subyace en los casos de maternidad subrogada de carácter internacional es justamente el conflicto entre enfoques nacionales en materia de filiación legal y nacionalidad — suponiendo que se trate de cuestiones de estatuto jurídico. Es importante reconocerlo y observar los problemas encontrados en las causas de maternidad subrogada de carácter internacional en este contexto más amplio. No obstante, no hay que olvidar que más allá de la cuestión del estatuto jurídico del niño y de los progenitores comitentes, las causas de maternidad subrogada de carácter internacional presentan también múltiples consideraciones más amplias, aunque nos limitemos a centrarnos en el aspecto *transfronterizo* del tema<sup>82</sup>. Estas preocupaciones más amplias se expresan con diferente frecuencia y de manera más o menos virulenta según los Estados; tratan sobre cuestiones como el bienestar del niño, la libertad de reproducción, la explotación de personas vulnerables (en particular en el contexto de las disparidades socioeconómicas mundiales), la normativa y la política sanitarias (a la vista de la

<sup>78</sup> Referidos a la Oficina Permanente en el marco del proceso de consulta por Estados, abogados y organizaciones no gubernamentales.

<sup>79</sup> En el primer caso, si los distintos Estados que presentan un vínculo con un niño utilizan distintos factores de conexión para determinar el derecho aplicable, ello podría implicar diferentes resultados para el niño en cada Estado (aunque puede aplicarse una excepción de orden público para evitar la aplicación de ciertas leyes extranjeras). No obstante, si se adopta "el enfoque basado en el reconocimiento", existe el riesgo, sobre todo en este ámbito del derecho, de que la excepción de orden público se aplique para impedir el reconocimiento del (de los) vínculo(s) jurídico(s) determinado(s) en el extranjero. Sin embargo, a la vista de los derechos fundamentales en juego, cuando se examina el reconocimiento transfronterizo del estatuto jurídico de un niño, en ciertos casos, la jurisprudencia nacional y regional ha adoptado un enfoque matizado de la excepción de orden público, invocando derechos como los que figuran en el art. 3 de la CDN y en el art. 8 del CEDH. Véase además el **Estudio**, parte B y parte C, sección 2 (a).

<sup>80</sup> Véase la Nota Preliminar de 2011 (nota 4 *supra*) y el Informe Preliminar de 2012 (nota 7 *supra*).

<sup>81</sup> Véase *supra* el ap. 20. Conviene destacar, no obstante, que estas preocupaciones pueden variar considerablemente en función de los Estados implicados en el AMSI en cuestión.

<sup>82</sup> Véase *Le régime applicable à la maternité de substitution au sein des États membres*, de Brunet et al. (2013) (*supra* nota 68), sección 1.2.

globalización y del recurso acrecentado a servicios médicos transfronterizos, incluso de reproducción) y la igualdad. En definitiva, la maternidad subrogada de carácter internacional es un fenómeno concreto que exige un análisis independiente.

30. Utilizando la mina de datos que ha generado el proceso de consulta, el Estudio traza un retrato claro y más detallado que nunca del número, la naturaleza y el alcance geográfico de los AMSI actuales, así como de las partes e intermediarios implicados<sup>83</sup>. A la luz de este trazado, el Estudio analiza algunos de los grandes problemas encontrados en los expedientes de AMSI<sup>84</sup>: el estatuto jurídico de los niños y de los progenitores comitentes<sup>85</sup>; preocupaciones relativas al bienestar del niño; posición de la gestante y de los donantes de gametos; preocupaciones de los progenitores comitentes, competencia y comportamiento de algunos intermediarios; aspectos económicos de los AMSI; actividad delictiva vinculada con los AMSI. Por último, estudia la evolución de los enfoques nacionales sobre los AMSI, en particular los intentos de cooperación bilaterales, regionales e internacionales<sup>86</sup>. Las conclusiones del Estudio, en la medida en que resulten útiles para analizar la pertinencia y la viabilidad de futuros trabajos sobre los AMSI, se mencionan más adelante, en la **sección IV**.

#### **IV. PERTINENCIA Y VIABILIDAD DE PROSEGUIR LOS TRABAJOS SOBRE LAS CUESTIONES DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RELATIVAS A LA FILIACIÓN LEGAL Y LAS DERIVADAS DE LOS ACUERDOS DE MATERNIDAD SUBROGADA DE CARÁCTER INTERNACIONAL**

31. La cuestión de si la Conferencia de La Haya debe proseguir los trabajos sobre este tema puede resolverse respondiendo primero a dos preguntas fundamentales:

(1) **¿Es necesario proseguir los trabajos internacionales?** En otras palabras, ¿existen problemas transfronterizos prácticos que se pueden solucionar o que se pueden atenuar a través de una acción multilateral? y en caso afirmativo ¿qué amplitud, repercusiones, y alcance geográfico tienen esos problemas? ¿Su naturaleza permite garantizar la inversión de recursos a nivel internacional?

(2) En caso afirmativo, **¿sería posible alcanzar un consenso**, en el futuro, en relación con un instrumento multilateral vinculante en la materia o relativo a medidas no vinculantes u otros resultados prácticos que tuvieran repercusiones importantes en los problemas señalados?

32. Esta sección responde a estas preguntas haciendo referencia: (1) al análisis comparativo realizado en el Estudio; y (2) a las respuestas dadas por los Miembros y otros agentes implicados a las preguntas de los Cuestionarios que se les remitieron relativas a la posibilidad de proseguir los trabajos.

##### **A. Pertinencia: ¿Es necesario proseguir los trabajos internacionales?**

*"El mundo es más pequeño que antes.*

*La gente mira más allá de las fronteras: los Estados tienen que hacer lo mismo."*

Comentario de un abogado neerlandés en su respuesta al Cuestionario N° 2 sobre la pertinencia de proseguir los trabajos internacionales.

33. El amplio proceso de consulta que ha emprendido la Oficina Permanente, cuyos resultados se exponen en el Estudio, ha demostrado lo siguiente:

(i) La manera en que los Estados abordan la cuestión de la filiación legal en su derecho nacional varía considerablemente, en particular en ámbitos como la determinación (o la impugnación) de la paternidad legal, la filiación legal tras los procedimientos de TRHA

<sup>83</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 1.

<sup>84</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 2: como han informado los Estados, los abogados, los profesionales de la salud, las agencias de gestación por sustitución, las organizaciones no gubernamentales y los progenitores comitentes.

<sup>85</sup> En los aps. 147 y ss. se analizan en profundidad ejemplos de jurisprudencia en ese ámbito.

<sup>86</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 3.

(incluso en caso de maternidad subrogada) y la paternidad por personas del mismo sexo. Las dificultades encontradas en el marco de los trabajos federales y regionales dirigidos a armonizar el derecho material en ese ámbito muestran claramente que los trabajos internacionales deben concentrarse en los puentes que hay que tender *entre* sistemas jurídicos (diferentes) más que en la armonización de las leyes existentes en la materia<sup>87</sup>;

(ii) Las normas de derecho internacional privado de los Estados relativas a la determinación e impugnación de la filiación legal varían mucho también en numerosos aspectos, tanto en cuestiones de competencia, como de derecho aplicable o de reconocimiento de una filiación legal ya determinada en el extranjero (en su caso). A pesar de haberse tomado algunas medidas bilaterales, regionales e internacionales tendientes a la unificación de las normas de derecho internacional privado existentes en la materia, nunca se ha estudiado este tema de manera global y exhaustiva<sup>88</sup>;

(iii) Cuando los niños tienen vínculos con varios Estados o se trasladan a vivir al extranjero, la diversidad de las normas de derecho interno y de derecho internacional privado puede plantear verdaderos problemas prácticos en lo que se refiere a la determinación o al reconocimiento de su filiación legal, así como en relación con la adquisición de la nacionalidad<sup>89</sup>;

(iv) Los niños cuya filiación legal resulte claudicante o incierta (y por supuesto los niños apátridas) corren el riesgo de tener graves desventajas a lo largo de toda su vida debido a las numerosas consecuencias jurídicas que se derivan de la determinación de la filiación legal en la mayoría de los Estados. De hecho, en esta situación, los niños se pueden encontrar con que se les impide ejercer sus derechos fundamentales y verse en una posición en que, de hecho, son objeto de discriminación debido a las circunstancias de su nacimiento (lo que es contrario a numerosos tratados internacionales de derechos humanos)<sup>90</sup>.

34. En lo que se refiere a la **escala** y el **impacto**, aunque la información obtenida a través del proceso de consulta demuestra que ya se plantean problemas transfronterizos en cuanto a la filiación legal en distintas situaciones, incluso en asuntos *no* relacionados con la maternidad subrogada<sup>91</sup>, los problemas que se plantean para los niños en el contexto de los AMSI son sin lugar a dudas los más acuciantes y más urgentes. Esto se debe: (1) al número de casos de AMSI actuales, que pueden afectar a miles de niños<sup>92</sup>; (2) al hecho de que las cuestiones transfronterizas relativas al estatuto jurídico se producen en la mayoría de los casos debido a sus características fácticas<sup>93</sup>; y (3) a los graves problemas de más amplio alcance, que afectan a los derechos fundamentales de los niños y las mujeres, que se plantean en los casos de AMSI<sup>94</sup>.

35. Dicho esto, está claro que incluso fuera del contexto de los AMSI, los problemas transfronterizos que revela el Estudio no son más que un indicio de lo que probablemente va a convertirse en un problema mundial cada vez más importante. En efecto, las tendencias demográficas, sociales y médicas subrayadas en la sección II anterior tienen vocación de prolongarse, lo que significa que el número de niños nacidos, por ejemplo, de parejas no casadas, gracias a procedimientos de TRHA o en familias no tradicionales, seguirá aumentando en los próximos años. Este fenómeno se producirá sobre el telón de fondo de una globalización cada vez mayor y de un número cada vez más grande de desplazamientos transfronterizos, incluidos los desplazamientos debidos a las diferencias entre las leyes que rigen en la materia en los distintos Estados (es decir, desplazamientos cuyo objetivo es obtener acceso a servicios de reproducción transfronterizos). Entretanto, aunque algunos avances van en la misma dirección, en conjunto, las leyes de los Estados en la materia no parecen converger rápidamente. No se puede ignorar la posibilidad de

<sup>87</sup> Véase *supra* la sección III.A y el **Estudio**, parte A.

<sup>88</sup> Véase *supra* la sección III.B y el **Estudio**, parte B.

<sup>89</sup> Véase *supra* la sección III.B y el **Estudio**, parte B, sección 3, así como parte C, sección 2(a).

<sup>90</sup> Véase *supra* el ap. 20 y el **Estudio**, parte B, sección 3, así como parte C, sección 2(a).

<sup>91</sup> Véase el **Estudio**, parte B, sección 3.

<sup>92</sup> Véase el **Estudio**, aps. 125 a 129.

<sup>93</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 2, aps. 147 a 184.

<sup>94</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 2, aps. 185 a 215.

que en el futuro se produzcan problemas transfronterizos relativos a la filiación legal en general con mayor frecuencia todavía.

36. En cuanto a la **distribución geográfica** de estos problemas, como expresa un Estado en su respuesta, "[las] cuestiones relativas a la filiación legal [...] se pueden encontrar en todos los Estados, sean cuales sean [...] sus regímenes internos; estas cuestiones presentan pues un interés mundial"<sup>95</sup>. Los resultados del proceso de consulta sustentan este punto de vista, pues está demostrado que los problemas encontrados en relación con la filiación legal no se circunscriben a una región del planeta, un enfoque jurídico o una cultura. La *diferencia* entre enfoques nacionales es la fuente de los problemas, asociada a la internacionalización creciente de la vida familiar (tanto por los desplazamientos transfronterizos como por el carácter multinacional de las familias), así como al fuerte deseo humano de tener hijos. Esto es particularmente cierto en el contexto de los AMSI. La información suministrada por los abogados especializados en la materia muestra que este fenómeno afecta a cada región del mundo y que el enfoque interno que adopta un Estado respecto de la maternidad subrogada no impedirá que le afecte este fenómeno<sup>96</sup>.

37. Las respuestas de los Estados al Cuestionario N° 1<sup>97</sup> demuestran que muchos Estados reconocen ya las necesidades a las que podrían responder futuros trabajos internacionales; de hecho, los Estados que han respondido a esa parte del Cuestionario concuerdan ampliamente. Varios Estados han subrayado, como ha expresado Canadá, la necesidad de "garantizar una mayor previsibilidad y una mayor seguridad jurídica en relación con la filiación legal de los niños en las situaciones transfronterizas en general"<sup>98</sup>. No obstante, la mayor parte de las respuestas se centran en lo que parece considerarse como las necesidades más urgentes, es decir, las que se plantean en el contexto de los AMSI<sup>99</sup>. En este contexto, los Estados han indicado que las necesidades más acuciantes son las cuestiones relativas al estatuto jurídico de los niños nacidos en el marco de los AMSI, y en particular a la necesidad de eliminar la filiación legal claudicante o incierta y la apatridia. Además, no obstante, muchos Estados han mencionado la necesidad de garantizar el respeto de los derechos y el bienestar de todas las partes en un AMSI, en particular las gestantes y los niños, en el marco de futuros trabajos internacionales. De hecho, como se podía esperar, según señalan los Estados, las necesidades concretas a las que deberían responder los futuros trabajos se corresponden con los ámbitos de preocupación encontrados<sup>100</sup>, es decir: la necesidad de garantizar que las gestantes den su consentimiento libre e informado a los AMSI<sup>101</sup>; la necesidad de garantizar normas adecuadas para la atención médica prestada a las gestantes y a los niños, incluyendo la garantía de que la gestante conserve la potestad de disponer de su propio cuerpo; la necesidad de proceder a comprobaciones mínimas respecto de la aptitud de los

<sup>95</sup> Véase la respuesta de Canadá a la pregunta 87. Han reconocido esto varios Estados dotados de una legislación restrictiva (o carentes de legislación) en relación con cuestiones como las TRHA o la maternidad subrogada: por ej., véase la respuesta de Lituania a la pregunta 87.

<sup>96</sup> Véase el **Estudio**, aps. 130 a 134, en relación con el gran número de Estados afectados por el fenómeno de los AMSI, en particular la distribución geográfica de esos Estados, en todas las regiones del mundo, y la diversidad de culturas y enfoques jurídicos representados. De hecho, incluso en los Estados en que existe una prohibición extraterritorial en cuanto al requerimiento de ciertos servicios de TRHA en el extranjero, so pena de acciones penales, las personas residentes en esos Estados parecen desear, pese a todo, de celebrar AMSI en otros Estados.

<sup>97</sup> Que solicitaba opiniones sobre las necesidades que deberían ser objeto de posibles futuros trabajos internacionales: véase por ej. la pregunta 86.

<sup>98</sup> Por ej. esta necesidad general de mayor seguridad respecto de las cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico de los niños ha sido subrayada por los siguientes Estados: Chile, Colombia, Eslovaquia, España y Portugal. Un informe encargado por el Parlamento Europeo (véase la nota 68 *supra*), aunque en el contexto de los AMSI, concluía también que "todos los Estados miembros parecen estar de acuerdo en la necesidad del niño de disponer de unos padres legales y un estatus civil *claramente definidos*; independientemente de cómo sea el modo en que esto se facilite en términos jurídicos" (la traducción es nuestra) (sección 5.3; el subrayado es nuestro).

<sup>99</sup> Por ej., los siguientes Estados han indicado que las necesidades derivadas de los AMSI eran las que debían ser objeto de los futuros trabajos internacionales: Alemania, Canadá (que indicaba también una necesidad más amplia en cuanto a la filiación legal), Chile (igual que Canadá), Colombia (igual que Canadá), España (igual que Canadá), Finlandia, Guatemala, Irlanda, Israel, Noruega, Nueva Zelanda y Portugal (igual que Canadá).

<sup>100</sup> Véase el **Estudio**, parte C, sección 2.

<sup>101</sup> Teniendo particularmente en cuenta las cláusulas contractuales sancionadoras que puedan impedir ese consentimiento libre e informado.

progenitores comitentes para suscribir el AMSI; por último, la necesidad de establecer normas relativas al derecho del niño a conocer sus orígenes genéticos y los de su nacimiento.

38. Esta amplia aceptación de las necesidades que habría que cubrir aparecía también entre las distintas categorías de partes implicadas. Por ejemplo, muchos abogados (tanto de los Estados de acogida como de los Estados de nacimiento) han detectado las mismas necesidades, subrayando que los trabajos internacionales deberían garantizar que los niños gocen de un estatuto jurídico protegido dentro de su unidad familiar en todo el mundo. Mientras algunas respuestas contenían observaciones de carácter general, muchas de ellas planteaban estas cuestiones en el contexto concreto de los AMSI, indicando que se trata de los "problemas más frecuentes asociados a los AMSI" y observando que "estas cuestiones pocas veces son [...] controversias entre las partes en los AMSI; sino que son controversias entre Estados [...] que ponen trabas a la seguridad de las personas más vulnerables del mundo: los niños". Varios abogados han destacado la necesidad de dar solución a los procesos complejos y agotadores, tanto financiera como emocionalmente, así como los considerables trámites administrativos, que actualmente deben atravesar las familias y los niños desde el nacimiento mismo de un niño para garantizar su estatuto jurídico (si eso es posible). Muchos han reconocido la necesidad de ir más allá de las cuestiones relacionadas con el estatuto jurídico y de garantizar normas mínimas que protegerían los derechos de todas las partes en el AMSI<sup>102</sup>. Aunque la gran mayoría de los abogados ha calificado de "urgentes", incluso "muy urgentes", las necesidades existentes en el contexto de los AMSI, algunos de ellos han subrayado también que debido a la complejidad y al carácter delicado del tema, es preferible alcanzar el resultado esperado en cuanto a legislación internacional que precipitar el proceso debido a la urgencia de las necesidades incurriendo en el riesgo de empeorar la situación para los niños y las familias<sup>103</sup>.

39. Además, los propios progenitores comitentes que han recurrido a AMSI<sup>104</sup> han expresado todos ellos el deseo de contar con un futuro instrumento en el contexto de los AMSI. Muchos de ellos destacaron la necesidad urgente de garantizar la determinación o el reconocimiento del estatuto jurídico de los niños en cuanto a su nacionalidad y su filiación legal. No obstante, también mencionaron la necesidad de garantizar la salvaguarda de los derechos de la gestante en el marco de los trabajos internacionales, y algunos compararon los Estados de nacimiento en que consideraban que existían las mejores prácticas en esta materia con los Estados de nacimiento que suscitaban mayores preocupaciones.

40. A la vista de lo anterior, así como del análisis detallado que figura en las partes B y C del Estudio, se considera que la **necesidad** de proseguir con los trabajos internacionales en este ámbito es evidente, incluso urgente en lo que se refiere a los AMSI, aunque esos trabajos deberían ir más allá para abordar la filiación legal en general. De hecho, como se ha indicado anteriormente, desde el punto de vista de los derechos de los niños es indispensable continuar esos trabajos.

## **B. Viabilidad: ¿sería posible alcanzar un consenso respecto de un enfoque multilateral?**

41. Las cuestiones más espinosas están relacionadas con la viabilidad: en otras palabras, saber si es posible encontrar un marco común para progresar hacia un enfoque multilateral de los aspectos transfronterizos de la filiación legal, sin olvidar la diversidad de enfoques nacionales de las cuestiones relativas a la filiación legal en derecho interno y

<sup>102</sup> En este sentido, el consentimiento libre e informado de la gestante, la información (engañosa) que actualmente ofrecen algunos intermediarios a los progenitores comitentes (y la necesidad de educar mejor a ciertos intermediarios), el derecho del niño a conocer sus orígenes, y ciertas comprobaciones mínimas básicas acerca de los progenitores comitentes a menudo se señalan como cuestiones que necesitan especial atención.

<sup>103</sup> Según expresó un abogado británico: "[un] número cada vez mayor de niños nace a través de los AMSI y sus necesidades deberían abordarse de forma urgente. No obstante, [...] para los niños y las familias cualquier regulación mal concebida sería peor que los acuerdos actuales" (la traducción es nuestra).

<sup>104</sup> Salvo en un caso en que la pregunta ha quedado sin respuesta.

en derecho internacional privado, así como cuestiones de orden público suscitadas en un ámbito tradicionalmente relacionado con el entorno sociocultural de los Estados. La respuesta a esta pregunta podría depender, en primer lugar, del **alcance** del objetivo que se pretende alcanzar: por ejemplo, si se contempla la posibilidad de un instrumento que trate solo la cuestión de los AMSI, o de un régimen de derecho internacional privado más amplio en relación con la filiación legal (como se menciona en la Nota Preliminar de 2011 y el Informe Preliminar de 2012 pero sin llegar a una conclusión definitiva) o una combinación de ambos, o incluso algo completamente diferente. También podría depender de la **naturaleza** del objetivo perseguido: en otras palabras, si lo que se busca es elaborar un instrumento vinculante o si se pueden considerar medidas jurídicas no vinculantes (*soft law*), aunque solo sea con carácter preliminar.

42. Las respuestas de los miembros y de las demás partes implicadas a la pregunta sobre el enfoque que convendría adoptar en eventuales trabajos futuros, así como la prioridad que convendría darles, son reveladoras en lo que respecta a la viabilidad de proseguir los trabajos. Primero se resumirán sus respuestas; a continuación, se analizarán los futuros enfoques posibles a la luz de las opiniones concretas de los miembros.

### **(1) Opiniones expresadas sobre los enfoques que se deben adoptar en los futuros trabajos y sobre la prioridad que se les debe dar**

43. En general<sup>105</sup>, en sus formulaciones, las opiniones de los Miembros y de los Estados no miembros interesados sobre los enfoques que se podrían adoptar en futuros trabajos se distinguen por su flexibilidad, su apertura y el deseo de estudiar distintas posibilidades para responder a las necesidades que, a su juicio, requieren una respuesta a nivel internacional. Esta flexibilidad es perceptible tanto en relación con el alcance de eventuales futuros trabajos como en relación con el enfoque concreto que se podría adoptar y el carácter vinculante (o no) de esos posibles futuros trabajos<sup>106</sup>.

#### ***Alcance de los futuros trabajos***

44. En cuanto al alcance de futuros trabajos internacionales, varios Estados han defendido un enfoque que intente unificar las normas de derecho internacional privado en materia de filiación legal en general<sup>107</sup>. Algunos Estados han declarado que se trata de algo que podría contemplarse antes de examinar concretamente las cuestiones que se plantean en el contexto de los AMSI, o paralelamente a ese examen. En el marco de un enfoque de este tipo, algunos Estados han afirmado su voluntad de considerar una unificación de las normas aplicables o de estudiar la posibilidad de reconocer la filiación legal de pleno derecho, en particular en el caso de resoluciones judiciales extranjeras sobre filiación legal. No obstante, a este respecto, varios Estados opinaban que todo "reconocimiento de pleno derecho" debería basarse en un "procedimiento fiable" seguido en el Estado de origen y, en este sentido, sería indispensable contar con garantías adecuadas y normas mínimas comunes, en particular para limitar la aplicación de una cláusula de orden público en determinados casos<sup>108</sup>. Como ha señalado Serbia, "[la] condición previa para el reconocimiento de pleno derecho es la confianza mutua entre Estados; para instaurarla, podrían ser útiles las garantías"<sup>109</sup>.

45. En cuanto a los AMSI, varios Estados han expresado la necesidad de centrarse precisamente en las dificultades que se producen en ese contexto, ya sea en el marco de los trabajos más generales anteriormente mencionados, ya sea "de manera autónoma". Aunque muchos Estados apoyaban la idea de trabajos dirigidos a la cooperación

<sup>105</sup> Conviene destacar que no era exclusivamente el caso: véase *infra* el ap. 51.

<sup>106</sup> Este enfoque se ilustra claramente en la respuesta de la República Checa que, al tiempo que destaca que la maternidad subrogada es un tema extremadamente delicado, declara que "no podemos dar más detalles en cuanto a nuestras expectativas en este momento; solo podemos confirmar nuestra voluntad de iniciar un debate serio y nuestro deseo de encontrar soluciones" (la traducción es nuestra) (véase la respuesta de la República Checa a la pregunta 89 g)).

<sup>107</sup> Por ej. véanse las respuestas de Alemania, Canadá, Lituania, Polonia y Eslovaquia.

<sup>108</sup> Por ej. véanse las respuestas de Alemania, Letonia, Lituania y Serbia.

<sup>109</sup> La traducción es nuestra. Véase la respuesta de Serbia a la pregunta 88 c).

transnacional y de normas mínimas a este respecto, algunos Estados (y otras partes implicadas)<sup>110</sup> han expresado sus dudas en cuanto a inspirarse demasiado en el *Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional* (en adelante, el "Convenio de La Haya de 1993" o el "Convenio") para los proyectos de legislación internacional en la materia. Como ha expresado Canadá en cuanto a la adopción internacional y la maternidad subrogada de carácter internacional, aunque se puede aprender algo del Convenio de La Haya de 1993, "las dos situaciones [...] presentan diferencias importantes que pueden hacer inoportuna o inviable la aplicación del marco previsto en el Convenio de La Haya de 1993 [...] a la maternidad subrogada de carácter internacional sin proceder a la revisión y la adaptación necesarias"<sup>111</sup>.

46. En cuanto al marco de cooperación en materia de AMSI, varios Estados han especificado que sería un objetivo primordial "contemplar la posibilidad de preparar un instrumento internacional que estableciera un mecanismo de cooperación entre las autoridades competentes de los Estados de los padres y gestantes de los niños nacidos por ese método, que permitiera resolver las cuestiones jurídicas relativas a la filiación y a la nacionalidad del niño ex ante, es decir, antes de la concepción" [sic; el subrayado es nuestro]<sup>112</sup>. En cuanto a las normas mínimas, como indica Serbia, "la determinación [...] de los elementos que han de constituir normas mínimas debe basarse en los problemas prácticos encontrados en los Estados"<sup>113</sup>. En cuanto a la posible designación de autoridades centrales para un nuevo instrumento, los Estados han opinado que la necesidad de designar autoridades centrales dependerá del alcance y la naturaleza del instrumento contemplado y que esa cuestión debería debatirse más adelante en ese contexto<sup>114</sup>.

47. Una vez más, las demás partes implicadas han expresado opiniones muy similares a las de los Estados en cuanto al enfoque que se ha de adoptar. Por ejemplo, varios abogados especializados han subrayado que, ya que es imposible la armonización del derecho material en ese ámbito, un enfoque dirigido a unificar las normas de derecho internacional privado era la mejor esperanza de solución en un ámbito que presenta necesidades urgentes comprobadas. Aunque algunos abogados consideraban que la mejor forma de abordar el asunto sería a través de un instrumento que tratase solamente sobre los AMSI, la mayoría abogaba por un instrumento de largo alcance que quizá tratase de los AMSI como un aspecto (específico) de una cuestión más amplia. No obstante, varios abogados han declarado que si se elegía esa vía, era urgente también establecer directrices concretas de buenas prácticas en el contexto de los AMSI. Ese trabajo debería ser pragmático y tener en cuenta las realidades sobre el terreno. Algunos abogados han indicado que es importante que cualquier nueva legislación internacional relativa al estatuto jurídico no imponga nuevos trámites administrativos a las familias puesto que el procedimiento es ya excesivamente burocrático. Por otra parte, algunos abogados avisan de que un enfoque demasiado restrictivo sobre los AMSI solo empujaría a la "clandestinidad" a los progenitores comitentes "decididos". Además, como los Estados, muchos pensaban que se podían extraer lecciones valiosas de la experiencia con el Convenio de La Haya de 1993 (tanto positiva como negativa). Todos estaban de acuerdo en la necesidad de evitar la confusión entre adopción internacional y maternidad subrogada de carácter internacional.

### ***Naturaleza de los futuros trabajos***

48. Dada la naturaleza de las necesidades reseñadas, todos los Estados que han expresado su opinión a este respecto daban prioridad a un enfoque que pudiera llevar a la creación de un instrumento internacional vinculante<sup>115</sup>. No obstante, varios Estados han

<sup>110</sup> La traducción es nuestra. Por ej., las respuestas de las asociaciones de juristas indicaban también esta duda.

<sup>111</sup> Véase la respuesta de Canadá a la pregunta 87.

<sup>112</sup> Véase la respuesta de Lituania a la pregunta 87.

<sup>113</sup> Véase la respuesta de Serbia a la pregunta 89 d).

<sup>114</sup> Por ej. un instrumento más amplio dirigido a armonizar las normas de derecho internacional privado en general podría requerir no tanto la designación de Autoridades Centrales como más bien un marco de cooperación en el contexto preciso de los AMSI, en cuyo caso las Autoridades Centrales podrían ser útiles como punto de contacto para las comunicaciones transfronterizas.

<sup>115</sup> Por ej. Canadá, Colombia, Finlandia, Irlanda, Israel y Serbia.

reconocido que como primera etapa útil, en particular en el contexto de los AMSI, podrían contemplarse medidas jurídicas no vinculantes (*soft law*), como principios o directrices no vinculantes<sup>116</sup>. Muchos abogados especializados compartían esta opinión<sup>117</sup>.

**Prioridad que ha de darse a la realización de nuevos trabajos**<sup>118</sup>

49. El Cuestionario N° 1 solicitaba también a los Miembros y Estados interesados no miembros que manifestasen qué prioridad habría que dar al futuro trabajo en la materia, ya se tratase de un futuro instrumento sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatuto jurídico de los niños en general (en particular, el reconocimiento transfronterizo de la filiación legal), o de un futuro instrumento sobre las dificultades que surgen en el contexto de los AMSI en particular. Veinticinco Estados han respondido a las preguntas relativas a la prioridad que hay que dar a los trabajos futuros<sup>119</sup>. De esos 25 Estados:

- 1) 22 Estados han concedido cierto grado de prioridad a trabajos preparatorios para un futuro instrumento sobre las cuestiones de derecho internacional privado relativas al estatuto jurídico de los niños, en particular el reconocimiento transfronterizo de la filiación legal (por oposición a la respuesta "no prioritaria – ese ámbito no debería dar lugar a otros trabajos"): cinco Estados han respondido que se trataba de una prioridad elevada (urgente): Chile, Colombia, Finlandia, México y República Checa; 11 Estados han respondido que tenía una prioridad media (deseable pero no urgente): Alemania, El Salvador, España, Guatemala, Irlanda, Lituania, Nueva Zelanda, Filipinas, Portugal, Serbia y Eslovaquia; por último, siete Estados han respondido que tenía escasa prioridad (sin duda deseable pero no urgente): Hungría, Letonia, Países Bajos, Polonia, República de Corea, República Dominicana y Suecia.
- 2) 20 Estados han concedido cierto grado de prioridad a los trabajos preparatorios para un futuro instrumento expresamente dedicado a las dificultades propias de los AMSI: 10 Estados han respondido que tenían una prioridad elevada (urgente): Chile, Colombia, Finlandia, Irlanda, Israel, México, Filipinas, Portugal, República de Corea y Serbia; seis Estados respondieron que tenían una prioridad media (deseable pero no urgente): Alemania, El Salvador, Guatemala, Nueva Zelanda, Países Bajos y República Checa; y cuatro Estados han respondido que tenían escasa prioridad (sin duda deseable pero no urgente): España, Lituania, República Dominicana y Suecia.

50. Además, tres de los Estados que no habían marcado las casillas de prioridad han realizado observaciones positivas en relación con la prioridad del trabajo en respuesta a las preguntas correspondientes. Canadá ha declarado que "otorga una prioridad alta a la creación de un grupo de expertos para asistir a la Oficina Permanente en el estudio de las posibilidades de redacción de un instrumento de derecho internacional privado sobre la filiación legal de los niños"; Australia ha manifestado una opinión similar, apoyando y convirtiendo en una prioridad la creación de un grupo de trabajo. Suiza ha declarado que "apoya los futuros trabajos de la Conferencia de la Haya en este ámbito y considera que dichos trabajos son necesarios para que los Estados miembros tomen decisiones informadas."

51. Tres Estados (Estados Unidos de América, Israel y Mónaco) han respondido que no es necesario trabajar para la creación de un instrumento sobre cuestiones de derecho internacional privado relativas a la filiación legal en general. Sin embargo, Israel ha

<sup>116</sup> Por ej. Colombia, Finlandia, México, Nueva Zelanda y Uruguay han mencionado la posibilidad de una ley modelo.

<sup>117</sup> La mayor parte de los abogados ha declarado que es necesario un instrumento vinculante y que el mismo debería ser el fin último de los trabajos; sin embargo, reconociendo que el proceso legislativo internacional es complejo y requiere mucho tiempo, algunos han sugerido que entre tanto sería útil, desde el punto de vista práctico, trabajar sobre unas directrices de buenas prácticas en el contexto de los AMSI, lo que se podría hacer paralelamente al trabajo preparatorio de un instrumento vinculante.

<sup>118</sup> Conviene señalar que en esta sección se trata la cuestión de la prioridad "absoluta", en otras palabras, si los Miembros consideran o no que es necesario proseguir los trabajos sobre este proyecto en la Conferencia de La Haya. Por el contrario, los aps. 74 y 75 *infra* tratan la cuestión de la prioridad "relativa": a saber, si se siguen haciendo trabajos en ese ámbito, la prioridad que conviene darles *respecto de otros ámbitos de trabajo*.

<sup>119</sup> Preguntas 90 y 91.

declarado que es una “prioridad destacada” seguir trabajando para la creación de un instrumento multilateral específico sobre los AMSI. Cinco Estados (Estados Unidos de América, Hungría, Letonia, Polonia y Eslovaquia) han respondido que no es necesario seguir trabajando para la creación de un instrumento multilateral específico sobre los AMSI; Mónaco ha observado que sería “inoportuno”, pero cuatro de estos Estados (Hungría, Letonia, Polonia y Eslovaquia) han declarado que se debería conceder cierto grado de prioridad a los trabajos relacionados con la filiación legal en sentido amplio. Suecia ha indicado que tal vez puede ser prematuro proseguir el trabajo en estos dos ámbitos<sup>120</sup>.

## **(2) Breve análisis de algunos posibles futuros enfoques**

52. A la luz de las opiniones expresadas por los Miembros y otras partes implicadas en relación con la posibilidad de proseguir los trabajos internacionales y el Estudio llevado a cabo, esta sección presenta algunos elementos de reflexión iniciales sobre la viabilidad de los dos principales enfoques que se derivan de las respuestas. Insistimos en el carácter provisional de estos elementos y consideramos que, tal y como se ha indicado anteriormente en la **sección V**, es necesario recopilar más información y mantener nuevos debates con los Miembros antes de poder llegar a conclusión alguna sobre la viabilidad de ulteriores trabajos.

### **a. Amplia unificación de las normas de derecho internacional privado en materia de filiación legal**<sup>121</sup>

53. Resulta evidente que uno de los principales objetivos políticos perseguidos mediante la realización de los trabajos para la unificación de las normas de derecho internacional privado relativas a la filiación legal sería garantizar la seguridad jurídica (internacional) y la seguridad del estatuto jurídico de los niños y de las familias. Sin embargo, y tal y como ha indicado la Oficina Permanente en 2011<sup>122</sup>, dada la naturaleza de la filiación legal y las numerosas formas en que se puede determinar en virtud del derecho interno de la mayoría de Estados, sino de todos (es decir, de pleno derecho, por reconocimiento voluntario o por resolución judicial), parece poco probable que un futuro instrumento exhaustivo sobre los aspectos de derecho internacional privado de la determinación y la impugnación de la filiación legal, atendiendo a los debates más recientes en el ámbito del derecho internacional privado, pueda considerar la unificación de las normas de derecho aplicable y el establecimiento de un procedimiento de reconocimiento de resoluciones y situaciones de pleno derecho como enfoques alternativos. De hecho, parece razonable que cualquier instrumento internacional deba combinar los dos enfoques, sobre todo teniendo en cuenta las numerosas maneras de las que se puede determinar (e impugnar) la filiación legal<sup>123</sup>.

54. Por ejemplo, aunque la coherencia relativa de los enfoques nacionales del reconocimiento de las resoluciones de los tribunales en materia de filiación legal<sup>124</sup> puede

<sup>120</sup> Aunque no fuese en respuesta a las preguntas relativas a la prioridad que ha de darse a los futuros trabajos, conviene señalar que Polonia y Hungría han indicado en relación con los trabajos sobre los AMSI, y retomando las palabras de Hungría, que “los eventuales trabajos internacionales que se lleven a cabo en este ámbito resultarían un poco prematuros, ya que no tenemos suficiente experiencia en materia de maternidad subrogada de carácter internacional” (la traducción es nuestra) (véanse las respuestas de estos dos Estados a la pregunta 86).

<sup>121</sup> Conviene señalar que, aun reconociendo que las cuestiones relativas al reconocimiento transfronterizo de la filiación legal podrían inscribirse en el marco de un debate más amplio sobre el reconocimiento transfronterizo de los efectos de los documentos / certificados de estado civil, se considera que, debido a la complejidad y a las particularidades de la filiación legal, es necesario estudiar por separado esta figura. Se trata, de hecho, del enfoque preconizado por ciertos Estados en respuesta al Libro Verde publicado por la Comisión Europea en 2010, “Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil”, COM (2010) 747 final.

<sup>122</sup> Véase la Nota Preliminar de 2011 (nota 4 *supra*), ap. 50.

<sup>123</sup> Este sería el enfoque adoptado, por ejemplo, en la Convención de 1996, en virtud de la cual la unificación directa de las normas de competencia permite el “reconocimiento de pleno derecho” respecto de las medidas destinadas a la protección de la persona o de los bienes del niño; sin embargo, sigue siendo necesaria una unificación de las normas de derecho aplicable para cubrir las situaciones en las que la responsabilidad parental se atribuye por ministerio de la ley.

<sup>124</sup> Véase el **Estudio**, aps. 92 a 97.

significar que el “reconocimiento de pleno derecho” de determinadas resoluciones *judiciales* sobre filiación legal podría tratarse en un futuro instrumento internacional (aunque solo si estuviera sometido a ciertas garantías –véase lo expuesto anteriormente), seguirían siendo necesarias, sin embargo, normas uniformes relativas al derecho aplicable a la *determinación* de la filiación legal de pleno derecho. Esto enlaza con el hecho de que solo una minoría de Estados reconoce actualmente la *resolución* subyacente de un encargado del registro civil competente acreditada mediante un certificado de nacimiento extranjero, mientras que la mayoría solo atribuye a los certificados de registro civil extranjeros un mero carácter probatorio (si es que le atribuye algún valor en absoluto)<sup>125</sup>.

Además, podría ser necesario adoptar el mismo enfoque para tratar los reconocimientos voluntarios, ya que numerosos Estados les aplican todavía un enfoque basado en el “conflicto de leyes” (derecho aplicable) en vez de un enfoque basado en el reconocimiento<sup>126</sup>. Sin embargo, es conveniente seguir recopilando información sobre esta cuestión; este segundo enfoque podría estudiarse en el marco de futuros debates, dado que las opiniones de los Estados están más equilibradas a este respecto, apuntando tal vez a una tendencia a favor del reconocimiento<sup>127</sup>.

55. Al estudiar la posibilidad de unificar las normas de derecho aplicables en relación con la determinación de la filiación legal de pleno derecho, no se puede negar que dicha unificación presenta desafíos<sup>128</sup>, dadas las diferencias manifiestas que existen (en este estadio) entre los factores de conexión que aplican actualmente los Estados<sup>129</sup>. Convendría abordar, asimismo, la diferencia de enfoque entre los Estados de derecho civil y los Estados del *common law*, al aplicar frecuentemente estos últimos, al parecer, la *lex fori* a estas cuestiones, ya que esos Estados podrían considerar demasiado oneroso para sus autoridades el tener que aplicar un derecho extranjero. Además, se suscitarán con toda probabilidad cuestiones relativas al acceso al derecho extranjero y a la prueba del derecho extranjero<sup>130</sup>. Del mismo modo, en función de los factores de conexión que se identifiquen, habría que abordar cuestiones de “conflicto móvil” (es decir, el factor de conexión evoluciona con el tiempo, por ejemplo en el caso de la “residencia habitual”). Además, aunque sea posible unificar los factores de conexión en este ámbito, es difícil imaginar que la aplicación del derecho extranjero no estaría sujeta a una cláusula de orden público (de hecho, algunos argumentan que las restricciones de la cláusula de orden público en estas circunstancias son la principal razón por la cual ciertos tratados no consiguen (más) ratificaciones / adhesiones<sup>131</sup>). Esta cuestión requeriría un estudio minucioso, y convendría reflexionar sobre cómo se puede concebir la cláusula de orden público teniendo en cuenta la necesidad de equilibrar la capacidad de los Estados para garantizar el orden público y la necesidad de tomar en consideración de forma adecuada los derechos y el bienestar de los niños.

56. Por lo que se refiere a la posibilidad de establecer el reconocimiento “de pleno derecho” en relación (al menos<sup>132</sup>) con la filiación legal determinada por una resolución

<sup>125</sup> Véase además el **Estudio**, aps. 85 a 87. Sin embargo, deberían llevarse a cabo otros trabajos de investigación a este respecto, ya que varios Estados no han expuesto claramente en sus respuestas su enfoque en materia de certificados de nacimiento extranjeros (véase el ap. 86.4 del **Estudio**).

<sup>126</sup> Véase el **Estudio**, aps. 88 a 91.

<sup>127</sup> Véase p. ej. el ap. 90 del **Estudio**.

<sup>128</sup> Descritos en el **Estudio**: véase la parte B, sección 2, aps. 74 a 81.

<sup>129</sup> A este respecto, el *Convenio de La Haya de 1965 sobre Competencia de Autoridades, Ley Aplicable y Reconocimiento de Decisiones en Materia de Adopción* (que ya no está en vigor) podría servir de fuente de inspiración.

<sup>130</sup> A este respecto, véanse los trabajos anteriores de la Conferencia de La Haya sobre el acceso al derecho extranjero, disponibles en la página web de la Conferencia de La Haya, en la dirección < [www.hcch.net](http://www.hcch.net) >, Sección “Trabajo en curso”, “Asuntos Generales”.

<sup>131</sup> A este respecto, véase el desarrollo argumental del **Estudio**, ap. 111.

<sup>132</sup> Aunque otros trabajos de investigación puedan contemplar todavía un enfoque basado en el reconocimiento de las decisiones de otras autoridades competentes relativas a la filiación legal (por ej. las autoridades encargadas del registro), en función del resultado de otras investigaciones comparativas sobre este tema: véase la nota 125 *supra*. El establecimiento de normas uniformes de competencia directa en relación con esas autoridades podría plantear, de hecho, menos dificultades teniendo en cuenta la adopción casi universal, por los Estados, del principio según el cual las autoridades competentes deben registrar a un niño nacido en el territorio de su Estado (de conformidad con las exigencias del art. 7 de la CDN: véase el **Estudio**, aps. 3 y ss. y aps. 67 y ss.). No obstante,

*judicial* extranjera<sup>133</sup>, habida cuenta de los enfoques nacionales existentes y del hecho de que los Estados serán poco proclives a aceptar el reconocimiento incondicional de derechos adquiridos en el extranjero sin garantía (en particular a la vista del contexto), convendría quizá contemplar el establecimiento: (1) de normas de competencia directa o indirecta; y (2) de garantías aplicables al proceso de reconocimiento, que podrían tomar la forma de motivos de no reconocimiento de una resolución extranjera.

57. En cuanto al primer punto, en caso de que fuera viable, se podría considerar preferible intentar establecer normas uniformes de competencia *directa*<sup>134</sup>. No obstante, su eventual viabilidad requiere estudios más avanzados, ya que los factores de conexión utilizados por los Estados para determinar su competencia en relación con las declaraciones e impugnaciones de filiación legal resultan a día de hoy numerosos y variados<sup>135</sup>. Si fuese posible unificar las normas de competencia directa, convendría también reflexionar sobre la oportunidad de establecer una norma uniforme en cuanto al derecho aplicable a las impugnaciones de la filiación legal, o preguntarse si bastarían normas uniformes generales en la materia (por ej. sobre el derecho aplicable a la filiación legal de pleno derecho o por reconocimiento voluntario)<sup>136</sup>. Si resultase imposible establecer normas uniformes de competencia directa, se podría esperar, sin embargo, que fuese posible alcanzar un acuerdo en cuanto a las normas de competencia *indirecta*, contemplando eventualmente un enfoque dirigido a garantizar un vínculo entre el niño y el Estado que determine la filiación legal, pero sin imponer demasiadas exigencias al respecto.

58. Por lo que se refiere al segundo punto, dado que los enfoques nacionales actuales muestran cierto grado de coherencia en cuanto a los motivos de no reconocimiento de resoluciones judiciales extranjeras relativas a la filiación legal<sup>137</sup>, se podrían contemplar ya como posibles motivos uniformes de no reconocimiento, por ejemplo, las siguientes situaciones: la resolución extranjera dictada contradice los principios fundamentales del debido proceso (por ej. no se ha notificado a una parte del procedimiento extranjero o ésta no ha tenido la posibilidad de ser escuchada en el marco del procedimiento extranjero; la resolución extranjera no es firme / definitiva); la decisión extranjera contradice una resolución definitiva anterior del Estado de reconocimiento o una resolución de un tercer Estado ya reconocida o que pueda reconocer dicho Estado; se ha incoado un procedimiento idéntico entre las mismas partes en el Estado que procede al reconocimiento (o, en algunos casos, en otro Estado) y se ha incoado antes del procedimiento extranjero (litispendencia); la decisión extranjera es manifiestamente contraria al orden público del Estado, *teniendo en cuenta el interés superior del niño*<sup>138</sup>. En cuanto a este último punto, cabe esperar que si se acuerdan normas de competencia directa o indirecta, así como garantías aplicables al procedimiento por lo que se refiere a los motivos de no reconocimiento, el reconocimiento de pleno derecho de una resolución judicial extranjera sobre filiación legal presente menos riesgos de ser contraria al orden público de un Estado, sobre todo cuando se tiene en cuenta el interés superior del niño (como lo impone en todo caso el art. 3 de la CDN a

---

la manera de abordar la cuestión de la competencia de las autoridades en materia de inscripción de niños (por ej. nacionales) *nacidos en el extranjero* requerirían debates más profundos dadas las diferencias entre enfoques nacionales (véase ap. 68 del **Estudio**).

<sup>133</sup> Deberían realizarse debates para decidir si esto abarcaría las "declaraciones" judiciales de filiación legal (por ej. tras una demanda frente a la que no se ha formulado oposición), así como las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos contenciosos.

<sup>134</sup> Como en el Convenio de 1996.

<sup>135</sup> Véase el **Estudio**, parte B, ap. 103.

<sup>136</sup> Véanse los distintos enfoques nacionales sobre esta cuestión, descritos en el **Estudio**, ap. 104.

<sup>137</sup> Véase el **Estudio**, aps. 92 a 97.

<sup>138</sup> Inspirándose en el art. 24 del Convenio de La Haya de 1993, así como de los arts. 22 y 23(2) d) del Convenio de 1996, teniendo en cuenta el art. 3 de la CDN (véase la nota 139 *infra*).

numerosos Estados<sup>139)</sup><sup>140</sup>. Éste sería, *a fortiori*, el caso si se tuviese en cuenta en esa determinación el objeto del instrumento, a saber, garantizar la continuidad transfronteriza y la seguridad jurídica de la filiación legal de los niños.

59. Asimismo, convendría estudiar el alcance de cualquier "reconocimiento de pleno derecho" en este contexto, es decir, si un reconocimiento se extendería también al reconocimiento de los *efectos* (es decir, las consecuencias) del estatuto jurídico en virtud del derecho extranjero. A este respecto, el artículo 26 del Convenio de La Haya de 1993 podría servir de fuente de inspiración: un futuro instrumento podría prever ciertos efectos jurídicos mínimos que se derivarían del reconocimiento de la filiación legal sin someter la totalidad de la cuestión a los efectos del derecho extranjero, lo que podría ser excesivamente oneroso para el Estado que proceda al reconocimiento. Así, de este modo, el Estado que proceda al reconocimiento podría controlar las repercusiones potencialmente importantes en derecho interno que pudiera implicar esta determinación, pues las determinaciones relativas a la filiación legal producen, evidentemente, efectos en los derechos y responsabilidades de las personas afectadas<sup>141</sup> y pueden tener también incidencia en materia de inmigración y de nacionalidad<sup>142</sup>. De hecho, estas cuestiones políticas deberán tenerse siempre en cuenta en los futuros debates sobre la posibilidad de emprender futuros trabajos internacionales; por otra parte, habría que tener en cuenta también el hecho de que estos casos siguen ocurriendo de todas formas, tanto en el contexto de los AMSI como en otros contextos, y que deberán resolverse a fin de cuentas, por el interés de los niños y de las familias<sup>143</sup>. Actualmente, esto se produce de manera fragmentada (y requiere recursos importantes), en el marco de procedimientos largos y complejos – desde el punto de vista jurídico, financiero, y psicológico – para todas las personas implicadas.

60. No obstante, cuando se estudian los problemas que surgen en el contexto de los AMSI, es importante reconocer que un enfoque centrado simplemente en la unificación de las normas de derecho internacional privado relativas a la filiación legal no responderá a las preocupaciones políticas más amplias derivadas de ese fenómeno, preocupaciones que muchos Miembros y otras partes implicadas consideran dignas de consideración en el marco de posibles futuros trabajos internacionales. Además, incluso en relación con los problemas relativos al estatuto jurídico que surgen en el contexto de los AMSI, por las cuestiones concretas de orden público que suscita la maternidad subrogada, puede ocurrir que los casos de los AMSI deban examinarse de todos modos por separado (pero de manera conexa). A la vista del avance de los debates sobre un instrumento más amplio,

---

<sup>139</sup> El Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas, en su reciente Observación general N° 14 sobre el art. 3(1) de la CDN, confirma que "[la] expresión 'consideración primordial' significa que el interés superior del niño no se puede poner en el mismo plano que el resto de las consideraciones" (ap. 37) y que "para considerar el interés superior del niño como 'primordial', hay que ser conscientes del lugar que tiene que ocupar el interés del niño en todas las acciones y *tener la voluntad de otorgar prioridad a esos intereses en toda circunstancia, pero en particular cuando una acción tiene una incidencia innegable en los niños afectados*" (ap. 40, el subrayado es nuestro).

<sup>140</sup> Los convenios internacionales que adoptan este enfoque podrían ser también fuente de inspiración para disposiciones relativas al reconocimiento "de pleno derecho", y en particular: el Convenio N° 32 de la CIEC sobre el reconocimiento de uniones de hecho inscritas (2007); el Convenio N° 31 de la CIEC sobre reconocimiento de apellidos (2005); el Convenio N° 29 de la CIEC relativo al reconocimiento de las resoluciones por las que se constata un cambio de sexo (2000). Por otra parte, el *Convenio de La Haya de 14 de marzo de 1978 relativo a la celebración y al reconocimiento del matrimonio* contiene disposiciones interesantes a este respecto, y el Convenio de La Haya de 1993 prevé el reconocimiento de adopciones "de pleno derecho" basándose en un marco acordado de cooperación y distribución de responsabilidad entre los Estados.

<sup>141</sup> Por ej. las cuestiones relativas a la responsabilidad parental, los alimentos, la herencia, el matrimonio, etc.

<sup>142</sup> En cuanto a las cuestiones de inmigración / nacionalidad, podría servir de inspiración el art. 18 del Convenio de La Haya de 1993 y la interpretación que se le ha dado posteriormente en las reuniones de la Comisión Especial, según la cual "[la] política de los Estados contratantes relativa a [la nacionalidad del] niño debería guiarse por la voluntad superior de evitar que un niño adoptado sea apátrida" (véase Recomendación N° 19 de las Conclusiones y Recomendaciones de la Comisión Especial de 2010). Este objetivo político sería también conforme a las normas internacionales y regionales en materia de derechos humanos que confirman la necesidad de prevenir y de reducir la apatridia, así como a la interpretación del art. 3 del Comité de Derechos del Niño de las Naciones Unidas: véase además el aps. 58 y ss. del **Estudio**.

<sup>143</sup> Cuando no es así, las familias se encuentran en situaciones en que les parece que tienen que distorsionar la verdad de su situación cuando la presentan a las autoridades competentes: véanse los ejemplos dados en el **Estudio**, parte B, sección 3.

esos debates conexos podrían versar sobre la posibilidad de responder a las cuestiones que se plantean respecto de los AMSI *en el marco* de un instrumento más amplio (quizá en una parte facultativa de ese instrumento) o sobre la necesidad de abordarlos por separado. La siguiente sección destaca sucintamente algunas de las grandes cuestiones sobre las que convendría debatir en ese contexto.

**b. Trabajos futuros relativos a los acuerdos de maternidad subrogada de carácter internacional**

61. En el contexto de los AMSI, parece que, de manera general, hay un amplio consenso entre diversos Estados (y otras partes implicadas)<sup>144</sup> sobre dos grandes objetivos políticos que convendría tener presentes al considerar la prosecución de los trabajos internacionales en este ámbito<sup>145</sup>:

- (1) El primer objetivo es idéntico al expresado en relación con los trabajos más amplios sobre los aspectos de derecho internacional privado de la filiación legal, pero en el contexto concreto de los AMSI: velar por que los niños nacidos en virtud de AMSI dispongan de un estatuto jurídico segura y cierto, reconocido tanto en todos los Estados que tengan un vínculo con la familia como fuera de ellos, en la medida de lo posible<sup>146</sup>.
- (2) Además, aparte de esto, un segundo objetivo de los trabajos internacionales en materia de AMSI es velar por que los AMSI se ejecuten respetando los derechos humanos y el bienestar de todas las personas implicadas, incluido el niño (o los niños) por nacer.

62. A la vista de estos objetivos fundamentales, parece que hay también un importante consenso entre muchos Estados y otras partes implicadas respecto del hecho de que los eventuales trabajos futuros que puedan abarcar los AMSI (por ej. un instrumento "autónomo" o un trabajo en el marco de un instrumento de más amplio alcance) deberían incluir:

- 1) garantías materiales mínimas<sup>147</sup> fundamentales en relación con los AMSI,
- 2) asociadas a un marco de cooperación internacional que permita a los Estados garantizar: (i) el respeto de esas garantías y (ii) que el estatuto jurídico del niño esté asegurado antes de que se inicie cualquier procedimiento médico (es decir, antes de la concepción).

63. En cuanto a las normas materiales mínimas, el objetivo de los trabajos internacionales no sería emprender un proceso con vistas a elaborar un derecho uniforme en materia de maternidad subrogada, lo que no sería ni deseable ni factible<sup>148</sup>. No obstante, la jurisprudencia internacional sobre los AMSI<sup>149</sup> y las respuestas de los Estados indican que sí podría resultar necesario establecer las garantías materiales mínimas básicas (y velar por su respeto) con el fin de sentar las bases necesarias para una cooperación internacional en ese ámbito. Dichas garantías mínimas materiales apuntarían también

<sup>144</sup> Sin embargo, como se indica en el ap. 51 *supra*, conviene recordar que no todos los Miembros están de acuerdo en que se continúen los trabajos en ese ámbito, y que el consenso descrito en este apartado es el que prevalece entre los Estados que consideran que se deben continuar (independientemente del grado de prioridad que le conceden).

<sup>145</sup> Además, como se indica en el ap. 47 *supra*, sin ignorar las importantes lecciones (positivas y negativas) extrapolables del contexto de la adopción internacional y de los años de experiencia proporcionados por la preparación y el funcionamiento del Convenio de La Haya de 1993 en todo el mundo, parece haber un amplio consenso en que cualquier futuro enfoque legislativo internacional debería respetar la diferencia entre la adopción internacional y la maternidad subrogada de carácter internacional, ya que "[e]n el caso de la adopción, una entidad pública confirma la asignación de un niño ya nacido a una nueva familia; en el caso de la maternidad subrogada, los progenitores comitentes tienen la iniciativa de la concepción de su propio hijo y se solicita a una entidad pública [...] que ayude a proteger la integridad del procedimiento y que vele por la seguridad del *nasciturus*" (la traducción es nuestra) (extracto de la respuesta de la AAARTA).

<sup>146</sup> Un objetivo conexo sería prevenir la apatridia de los niños y garantizar la conservación de su derecho a una nacionalidad, derecho afirmado por los instrumentos internacionales y regionales en materia de derechos humanos: véase el **Estudio**, parte A, sección 2.

<sup>147</sup> Es decir, que los Estados podrían imponer también normas adicionales más estrictas.

<sup>148</sup> El objetivo de este proceso no sería pues tampoco, de hecho, legislar por cuenta de los Estados que, como se puede considerar, deberían legislar a nivel interno en relación con la maternidad subrogada.

<sup>149</sup> Véase el **Estudio**, ap. 147 y ss.

hacia el objetivo determinado más arriba respecto de la protección de los derechos (y del bienestar) de todas las partes en el AMSI. Partiendo de las necesidades expresadas hasta hoy por los Estados, redundando en los ámbitos de preocupación que muchos han mencionado, se podría considerar la inclusión de normas mínimas con vistas a garantizar (sin seguir un orden determinado):

- 1) El consentimiento libre e informado de las gestantes que intervienen en un AMSI<sup>150</sup>.
- 2) Que todas las partes han sido debidamente informadas sobre los AMSI, tanto desde el punto de vista jurídico, en todos los Estados afectados, como desde el punto de vista médico y psicológico<sup>151</sup>.
- 3) La aptitud médica y psicológica de la futura gestante<sup>152</sup>.
- 4) El bienestar de un niño nacido en el marco de un AMSI<sup>153</sup>: esto puede incluir por ejemplo comprobaciones básicas en relación con los progenitores comitentes, en particular comprobaciones relativas a eventuales antecedentes de malos tratos a niños o antecedentes penales, y eventuales restricciones en materia de límite de edad<sup>154</sup>, así como disposiciones relativas al derecho del niño a conocer su origen. Esta última cuestión requerirá debates más profundos para determinar qué podrían abarcar las normas mínimas (debido a la diversidad de enfoques en la materia). No obstante, se deberán tener muy presentes las normas regionales e internacionales en materia de derechos humanos<sup>155</sup>.
- 5) La competencia y el comportamiento adecuados de los intermediarios<sup>156</sup>: de nuevo, las normas precisas que se podrían incluir requerirían debates más profundos; sin embargo, quizá no sería necesario incluir disposiciones similares a las exigencias en materia de acreditación previstas por el Convenio de La Haya de 1993. Aunque es indudable que van a surgir problemas en relación con la competencia / el comportamiento de algunos intermediarios, está claro también que los intermediarios, cuando son competentes y experimentados, aportan un apoyo vital a las partes y pueden suponer garantías importantes en el proceso de AMSI. En consecuencia, conviene ponderar la posibilidad de establecer normas y, en caso afirmativo, estudiar la manera de establecerlas sin dar lugar a costes prohibitivos y procedimientos excesivamente engorrosos para los intermediarios<sup>157</sup>.

<sup>150</sup> Esta exigencia sería también conforme a las normas internacionales de bioética, tal como se expresan, entre otros, en la *Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos* (adoptada el 19 de octubre de 2005 por la 33ª sesión de la Conferencia General de la UNESCO), que dispone en el art. 6(1): "Toda intervención médica [...] solo habrá de llevarse a cabo previo consentimiento libre e informado de la persona interesada, basado en la información adecuada. Cuando proceda, el consentimiento debería ser expreso y la persona interesada podrá revocarlo en todo momento y por cualquier motivo, sin que esto entrañe para ella desventaja o perjuicio alguno". Véase además, el **Estudio**, parte A, sección 2. Por ejemplo, se podrían adoptar medidas dirigidas a garantizar la representación legal independiente de las gestantes (al menos en el Estado de nacimiento), a cargo de los progenitores comitentes, así como la ayuda necesaria en materia de traducción / interpretación con el fin de velar porque la gestante comprenda perfectamente las consecuencias del acuerdo que firma.

<sup>151</sup> *Ibíd.* Por ej. esto puede incluir exigencias relativas al asesoramiento jurídico en los Estados afectados, así como exigencias en cuanto a los consejos informativos que deberá proporcionar a todas las partes un profesional médico o psiquiátrico debidamente cualificado antes de comenzar con un procedimiento de TRHA (con el objetivo de informar a las partes y no "controlarlas").

<sup>152</sup> Por ej. eventuales requerimientos en cuanto a su edad, su salud y a nacimientos anteriores de niños viables.

<sup>153</sup> Esta norma podría garantizar el respeto del art. 3(2) de la CDN, a saber: "Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar [...]". El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, en su Observación General N° 14 sobre el art. 3(1) del CDN (véase la nota 58 *supra*), confirmó que la expresión "la protección y los cuidados" debería entenderse "en sentido amplio" para garantizar el bienestar y el desarrollo de niño y que "[l]a noción de bienestar del niño, en sentido amplio, abarca la satisfacción de las necesidades materiales, físicas, educativas y afectivas, así como las necesidades de afecto y de seguridad" (ap. 71). La norma podría considerarse asimismo conforme al art. 3(1), pues la Observación General declara también que "[l]a evaluación del interés superior del niño debe tratar también la seguridad del niño [...]" (ap. 73).

<sup>154</sup> Lo que no indica un enfoque tipo "examen de idoneidad" en el contexto de la adopción internacional, sino más bien comprobaciones mínimas y elementales.

<sup>155</sup> Podría ocurrir que el art. 30 del Convenio de La Haya de 1993 (sin perjuicio de las oportunas modificaciones) sirviese de fuente de inspiración a este respecto, en particular a la vista de la disparidad de las leyes internas relativas a estas cuestiones y debido a que podía ser difícil alcanzar un acuerdo sobre normas más estrictas.

<sup>156</sup> Convendría estudiar también qué intermediarios se someterían a qué normas, ya que en el contexto de los AMSI, están implicados muchos intermediarios diferentes (por ej. agencias de maternidad subrogada, clínicas de fertilidad / hospitales, bancos de TRHA, etc.): Véase además el **Estudio**, aps. 139 a 145.

<sup>157</sup> La respuesta de la AAARTA expone las preocupaciones al respecto en Estados Unidos de América tras la entrada en vigor del Convenio de La Haya de 1993.

64. Entre los demás ámbitos que las partes interesadas consideran oportuno estudiar para determinar la adopción de normas mínimas a nivel internacional, podemos citar los siguientes:

- 1) Garantías médicas básicas<sup>158</sup>: en qué medida un instrumento debería establecer normas mínimas respecto de los procedimientos médicos de TRHA que conducen a la concepción, y en qué medida esta cuestión debería depender de la legislación del Estado de nacimiento son cuestiones que requieren debates más profundos. No obstante, dadas las serias preocupaciones que se plantean en relación con estas cuestiones en algunos Estados de nacimiento (y el hecho de que otros "nuevos" Estados podrían convertirse en Estados de nacimiento, dando lugar a preocupaciones similares<sup>159</sup>), podrían contemplarse algunas normas mínimas muy elementales sobre, por ejemplo, el número máximo de embriones transferidos a una gestante en concreto y el número de gestantes que pueden recibir una implantación para una pareja de progenitores comitentes<sup>160</sup>.
- 2) Disposiciones dirigidas a proteger a todas las partes en caso de ruptura del AMSI: por ejemplo disposiciones que prevean que una vez concluido el acuerdo, los progenitores comitentes serán responsables de todos los hijos que nazcan, incluidos, de manera indicativa, los casos en que el niño tiene necesidades concretas o en caso de error de las clínicas que prestan servicios médicos (por ej. en caso de mezcla de gametos o embriones).
- 3) Limitaciones de las modalidades contractuales (en particular enumerando las modalidades inadmisibles): por ejemplo, un AMSI no podrá contener cláusulas que fuercen indebidamente a la gestante a interrumpir su embarazo o a reducir su duración, ni cláusulas que penalicen ilegítimamente a una gestante que haya rescindido un AMSI, forzándola de hecho, mediante presiones de tipo económico, a cumplir el acuerdo cuando ya no lo desea<sup>161</sup>.
- 4) Aspectos financieros de los AMSI<sup>162</sup>: por ejemplo, la remuneración debería ser proporcional al tiempo, los esfuerzos y los riesgos incurridos por la gestante y no estar supeditada al resultado del embarazo.

<sup>158</sup> Véase además el **Estudio**, parte C, secciones 2(b) y (c) sobre los problemas que se pueden plantear a este respecto para las mujeres y los niños. Desde el punto de vista del niño, esto se debe examinar a la luz del art. 24 de la CDN, que dispone que "[l]os Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud [...]". Además, debe tenerse en cuenta también el derecho a la salud materna, infantil y reproductiva al que se refiere el art. 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en adelante, el PIDESC). La Observación General N° 14 (2000) sobre el art. 12 de dicho Pacto, del Comité de Naciones Unidas sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, indica claramente que esa disposición exige que se tomen las medidas necesarias para mejorar los "cuidados de la salud materna e infantil".

<sup>159</sup> Por ej. uno puede imaginar que mientras se producen progresos médicos en otros países menos desarrollados económicamente, éstos podrían empezar a intentar proporcionar servicios de AMSI a progenitores comitentes extranjeros. Así, las preocupaciones que se observan hoy en día en Estados como la India o Tailandia podrían surgir también en esos Estados. De hecho, como ha quedado demostrado a lo largo de los años en materia de adopción internacional en cuanto a la evolución del panorama mundial (por ej. en los principales Estados de origen y Estados de recepción), es poco probable que el panorama mundial se inmovilice en el contexto de los AMSI por lo que se refiere a los principales Estados implicados. Por el contrario, a medida que la situación médica y jurídica evoluciona en los Estados, la identidad de los Estados más implicados en ese fenómeno evolucionará también (aunque es probable que este fenómeno siga siendo realmente mundial, dada la fuerza del deseo humano de tener hijos).

<sup>160</sup> A este respecto, al elaborar estas normas podrían estudiarse las orientaciones nacionales y regionales existentes. Podrían examinarse también cuestiones como el número de veces que una mujer puede ser gestante, así como el número de ciclos de FIV a los que se la debe someter. Cuestiones más complejas como prohibir las reducciones embrionarias y los abortos selectivos basados en el sexo del niño o incluir disposiciones sobre el almacenamiento de gametos / embriones requerirían debates más profundos.

<sup>161</sup> De nuevo, las normas en la materia podrían inspirarse en los principios internacionales de bioética, como la autonomía y el previo consentimiento libre e informado (véase el art. 5 (autonomía) y 6 (consentimiento) de la *Declaración universal sobre Bioética y Derechos Humanos*, nota 150).

<sup>162</sup> A este respecto, convendría prestar especial atención al art. 35 de la CDN y a su *Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía*. El Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha destacado la necesidad de dar un marco claro a la maternidad subrogada para impedir que se identifique con la "venta de niños" en el sentido del Protocolo facultativo (véase por ej. las Observaciones finales sobre el segundo informe de Estados Unidos de América presentado en aplicación del art. 12 del *Protocolo facultativo a la Convención sobre los derechos del niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía* (62ª sesión, 14 de enero – 1 de febrero de 2013), ap. 29 b)).

65. En relación con el marco de cooperación, lo primero que se necesita es que la cooperación entre los Estados funcione *ex ante* y antes de la concepción, para que las partes y los Estados implicados puedan tener conocimiento de las posibles dificultades del estatuto jurídico de un niño *antes* (incluso) de que sea concebido. Una de las cuestiones que exigirá debates más profundos es la de si sería suficiente un marco de cooperación, combinado con el respeto de unas normas mínimas materiales básicas, para crear entre los Estados partes una confianza mutua suficiente para conseguir un sistema en cuya virtud la filiación legal establecida en el Estado de nacimiento de un niño se pueda reconocer de pleno derecho en los demás Estados partes<sup>163</sup>. Aunque es probable que algunas normas mínimas respondan a algunas preocupaciones de los Estados de recepción en materia de orden público<sup>164</sup>, es concebible que otros Estados de acogida tengan dificultades para aceptar ese enfoque<sup>165</sup>. No obstante, esta cuestión requeriría un estudio más profundo, a la vista del avance de los debates sobre la posibilidad de unificar las normas de derecho internacional privado en ese ámbito, ya que estos debates podrían tener una importante influencia al respecto. Esta cuestión debería estudiarse también a la luz de las exigencias de la CDN (por ej. de sus arts. 2, 3, 7 y 8)<sup>166</sup> y podría verse afectada, al menos por lo que se refiere a los Estados de acogida situados en Europa, por algunos procedimientos relacionados con los derechos humanos pendientes de resolución a nivel regional. Hay que seguir de cerca esta evolución<sup>167</sup>.

66. Otra cuestión que debería estudiarse atentamente en el marco de futuros debates sobre la posibilidad de trabajar en los AMSI es el ámbito de aplicación material de cualquier posible futuro instrumento en la materia (ya sea en el marco de un instrumento más amplio o de un instrumento "autónomo"): en otras palabras, ¿el futuro instrumento debería abarcar *todos* los AMSI según la definición del término adoptada actualmente (véase el Glosario — hoy en día la definición se centra únicamente en las distintas residencias de las partes principales, asociadas a la existencia de un acuerdo de maternidad subrogada, y no limita de otro modo los acuerdos abarcados<sup>168</sup>)? En su defecto, ¿los AMSI que sean objeto de un instrumento internacional deberían acompañarse de exigencias, por ejemplo, en cuanto a la necesidad de un vínculo genético entre el niño y uno de los progenitores comitentes (exigencia que impone a menudo el derecho interno de los Estados en que se enmarca la maternidad subrogada), o respecto de la *ausencia* de vínculo genético entre la gestante y el niño (es decir, que abarca solo los acuerdos de gestación por sustitución y no de reproducción por sustitución: de nuevo, exigencia del derecho interno de algunos Estados en materia de maternidad subrogada, pero no de todos)? Evidentemente, el riesgo es que cuanto más restringido sea el ámbito de aplicación de un futuro instrumento, mayor es la posibilidad de que acuerdos internacionales que estén fuera de ese ámbito de aplicación del instrumento sigan desplegando sus efectos o se incrementen (debido a la ausencia de legislación al respecto), sin beneficiarse de las protecciones que ofrezca el eventual nuevo instrumento. En consecuencia, otra posibilidad sería que el instrumento definiese los acuerdos a los que se aplica y prohíba, al mismo tiempo (entre Estados partes), otros AMSI. A pesar de todo, este enfoque presenta un riesgo doble: (1) los progenitores comitentes que deseen celebrar esos acuerdos acudirían simplemente a

<sup>163</sup> Otra cuestión: la de los efectos de la determinación / el reconocimiento de la filiación legal; a este respecto, es pertinente el ap. 59 *supra*.

<sup>164</sup> Por ej. si existiesen exigencias sobre el derecho del niño a conocer su origen, algunos de los Estados en los que se suscitan preocupaciones de orden público en cuanto a la facultad del niño de conocer a su madre biológica si no aparece su nombre en el acta de nacimiento podrían considerar que es posible el reconocimiento de la filiación legal del niño establecido en el Estado de nacimiento dadas las garantías que ofrece el marco internacional al respecto. No obstante, en otros Estados, la determinación por el Estado de nacimiento de que una madre no biológica es la madre legal del niño puede resultar problemática por motivos más amplios de orden público (véase parte B del **Estudio** y en particular los aps. 98 y ss.).

<sup>165</sup> En particular a la vista del hecho de que los progenitores comitentes presentan a menudo un estrecho vínculo con el Estado de acogida, ya se trate de su residencia habitual o de su nacionalidad, y a la vista de las consecuencias jurídicas relacionadas con la determinación de la filiación legal.

<sup>166</sup> En particular a la vista de la Observación General Nº 14 sobre el art. 3(1) de la CDN (véase la nota 58 *supra*).

<sup>167</sup> Véase el **Estudio**, ap. 170 sobre los cuatro expedientes relativos a AMSI actualmente abiertos ante el TEDH.

<sup>168</sup> Se podrían tener en cuenta también las repercusiones que se producirían si el tratamiento de TRHA u otras partes del acuerdo se llevaran a cabo en otros Estados (como se indica en "*International Surrogacy Arrangements: Legal Regulation at the International Level*", de Trimmings y Beaumont (ed.), 2013, Hart Publishing, p. 537-538).

Estados que no sean partes en el instrumento internacional (de nuevo, evitando las protecciones que ofrece el instrumento)<sup>169</sup>; o (2) esos acuerdos entrarían pura y simplemente en la "clandestinidad". Estas cuestiones complejas deberán estudiarse con mayor profundidad en el marco de futuros debates sobre la posibilidad y la forma de proseguir el trabajo.

67. En cuanto a la cuestión del ámbito de aplicación material, así como del establecimiento de garantías, en un eventual futuro instrumento se podría contemplar la previsión de exigencias más explícitas sobre la residencia de la gestante, con el fin de ofrecer una garantía frente a la preocupación suscitada por la trata de mujeres con fines de maternidad subrogada de carácter internacional<sup>170</sup>. Asimismo, al definir un AMSI a los fines de un eventual futuro instrumento, se podría contemplar la necesidad de que las partes celebren un acuerdo antes de la concepción<sup>171</sup> para impedir que se firmen acuerdos como si fuesen de maternidad subrogada de carácter internacional cuando se trata en realidad de adopciones internacionales ilegales<sup>172</sup>.

## V. "PRÓXIMAS ETAPAS" RECOMENDADAS

### ***Objetivos políticos de futuros trabajos***

68. A la luz del Estudio y del análisis anterior, está claro que la *pertinencia* de proseguir con los trabajos internacionales — es decir, la *necesidad* de esos trabajos — tanto respecto de la filiación legal en general como de los AMSI en particular, es indudable. De hecho, las opiniones que han expresado los Miembros, los Estados interesados no miembros y las demás partes implicadas han permitido distinguir dos grandes categorías de "necesidades" que se podrían considerar como una guía útil con vistas a los trabajos en ese ámbito. Así, otros trabajos internacionales podrían tener por objetivo:

- 1) garantizar la seguridad jurídica y la seguridad del estatuto jurídico de los niños y de las familias en situaciones internacionales; y
- 2) proteger los derechos y el bienestar de los niños, los padres y otras partes implicadas en la concepción de niños en situaciones internacionales, conforme a las normas internacionales reconocidas en el ámbito de los derechos humanos.

### ***Constitución de un grupo de expertos para facilitar investigaciones más avanzadas en cuanto a la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante (o eventuales medidas no vinculantes) en este ámbito***

69. A estos efectos, se considera que se deben emprender más trabajos para estudiar las cuestiones que quedan sin resolver acerca de la *viabilidad* de proseguir los trabajos internacionales en este ámbito. A este respecto, se considera que son necesarios más debates con los Miembros, que deberían tomar ya la forma de debates estructurados presenciales, en el marco de un grupo de expertos. A la vista de la naturaleza de los problemas y de la complejidad de las cuestiones suscitadas, la Oficina Permanente considera que el grupo, además de su objetivo principal que sería llevar a cabo investigaciones más profundas sobre la posibilidad de alcanzar soluciones multilaterales

<sup>169</sup> Tendencia que se ha observado en el contexto de la adopción internacional: algunos progenitores comitentes intentan adoptar niños de Estados de origen no contratantes del Convenio de La Haya de 1993.

<sup>170</sup> Véase el **Estudio**, ap. 211 en el que se presentan algunas de las preocupaciones al respecto, así como el Informe Preliminar de 2012 (nota 7 *supra*), nota 11. Algunos comentaristas han sugerido que se exija una residencia de una duración mínima para las gestantes que no son nacionales del Estado de nacimiento, conforme al enfoque adoptado en el *Convenio de La Haya de 1 de agosto de 1989 sobre la ley aplicable a las sucesiones por causa de muerte*: véase además Trimmings y Beaumont (nota 168 *supra*).

<sup>171</sup> Con garantías adicionales por ej. un acuerdo celebrado después de que todas las partes de todos los territorios implicados hayan recibido asesoramiento jurídico — véase también el ap. 63 *supra*.

<sup>172</sup> Véase el procedimiento mencionado en el **Estudio**, nota 767, así como los informes realizados por Filipinas sobre dichos procedimientos, mencionados en el **Estudio**, nota 783. Esta cuestión resultará afectada también por el resultado de los debates sobre si se deben incluir los acuerdos de *reproducción por sustitución* en el ámbito de aplicación del futuro instrumento. Esa exigencia debería impedir también que estalle un escándalo como el de Theresa Erickson (evocado en el **Estudio**, ap. 211) entre Estados partes.

*vinculantes*, debería seguir teniendo presente la capacidad de acción de la Conferencia de La Haya a distintos niveles, en función del avance de los debates.

70. En cuanto al *alcance* de los debates que se deberían producir dentro del grupo de expertos, la Oficina Permanente recomienda, como han sugerido algunos Miembros, que empiece estudiando la posibilidad de llevar a cabo trabajos internacionales tendiendo al primer objetivo anteriormente destacado, es decir, a garantizar una seguridad jurídica en cuanto al estatuto jurídico de los niños que se encuentren en situaciones transfronterizas / internacionales. Esos trabajos podrían incluir, entre otros, un estudio más profundo sobre la posibilidad de unificar las normas de derecho internacional privado relativas a la determinación y la impugnación de la filiación legal, prestando al mismo tiempo especial atención a los problemas que se plantean con respecto al estatuto jurídico de los niños en el contexto de los AMSI. De hecho, el punto de partida para abordar los trabajos sobre las cuestiones surgidas en torno al estatuto jurídico en el contexto de los AMSI podría ser analizar si existen razones para aplicar a los procedimientos de los AMSI normas diferentes de las que se podrían elaborar de manera general. Podría partirse de la hipótesis de que sería más inteligente elaborar un conjunto coherente de principios sobre el estatuto jurídico de los niños que funcione también en el contexto de los AMSI, con los añadidos y precisiones que resulten necesarios<sup>173</sup>. Los expertos podrían contemplar también la forma que podría tomar un eventual futuro instrumento en ese ámbito.

71. Teniendo en cuenta el segundo objetivo de la continuación de los trabajos internacionales, se considera que el grupo de expertos debería también estudiar en profundidad las preocupaciones más amplias surgidas específicamente en el contexto de los AMSI (algunas de los cuales pueden encontrarse en procedimientos de filiación legal ajenos a los AMSI), cuando los debates sobre las cuestiones relativas al estatuto jurídico hayan avanzado y esté clara la orientación de los futuros trabajos y la forma que podrían tener. A este respecto, podría contemplarse la posibilidad y la oportunidad de elaborar, a nivel internacional, mecanismos – en particular posibles estructuras de cooperación – que velen por garantizar la protección de los derechos y la seguridad del niño y de otras personas implicadas en el procedimiento. Los expertos podrían estudiar soluciones vinculantes y no vinculantes a este respecto<sup>174</sup>.

72. En cuanto a la *composición* del grupo de expertos, se considera que los Miembros deberían designar a sus principales participantes. Además, los Miembros representados en el grupo de expertos deberían ser geográficamente representativos, e ilustrar las distintas culturas y tradiciones jurídicas (por poner un ejemplo, será importante garantizar un equilibrio entre Estados o territorios de derecho civil y de *common law*). En cuanto a la identidad de los expertos, la base del grupo debería estar formada por expertos en derecho internacional privado y en las políticas pertinentes, pero se considera indispensable que el grupo esté integrado por expertos multidisciplinarios, y en particular que entre sus miembros se cuente con expertos que tengan experiencia práctica "en el terreno" de los problemas transfronterizos que se plantean en relación con la filiación legal. Por ejemplo, deberían formar parte del grupo juristas especializados y trabajadores sociales con experiencia práctica en estas cuestiones, así como otras organizaciones gubernamentales internacionales con experiencia práctica en ese ámbito.

73. Para facilitar los debates y los trabajos del grupo de expertos, se considera que la Oficina Permanente debería seguir reuniendo información, sin perder de vista dos objetivos concretos: (1) recabar respuestas al Cuestionario N° 1 (o información esencial) de los Miembros y de otros Estados interesados no miembros que todavía no han respondido, en particular cuando la cultura jurídica o la situación de un Estado en concreto no están todavía suficientemente representadas en las respuestas / la información recabada<sup>175</sup>; y (2) mantenerse informado de la evolución jurisprudencial y legislativa en la materia, para

<sup>173</sup> A este respecto, los trabajos podrían contemplar normas o procedimientos específicos necesarios en el contexto de los AMSI.

<sup>174</sup> En particular y en función del avance de los debates al respecto, los expertos podrían contemplar la oportunidad de establecer principios o consejos de buenas prácticas en este ámbito.

<sup>175</sup> Véase ap. 5 sobre algunas "lagunas" en la información actual.

poder comunicársela al grupo de expertos antes de que empiece sus trabajos. A este respecto, se podría considerar útil que la Oficina Permanente actualizase el Estudio antes de la primera reunión del grupo de expertos.

***Consecuencias en materia de recursos de las "próximas etapas" recomendadas***

74. Por lo que se refiere al personal, en 2013 se adscribió a este proyecto a un oficial jurídico senior (0,8 EDP para el año pasado y, antes de marzo de 2013, mucho menos debido a prioridades concurrentes) y a un oficial jurídico principal (alrededor de 0,2 EDP) (es decir, en total 1 EDP para el proyecto filiación /maternidad subrogada), que, junto con el coordinador de ICATAP (1 EDP, actualmente financiado con cargo al presupuesto suplementario hasta octubre de 2014), integran la totalidad del equipo jurídico, encargado también del seguimiento del Convenio de La Haya de 1993 (es decir, el equivalente a 0,9 EDP con cargo al presupuesto regular en materia de adopción). Actualmente, el proyecto no se ha beneficiado de ningún presupuesto específico para los gastos de desplazamiento ni de ningún otro recurso.

75. Si los Miembros desean que el proyecto continúe con arreglo a las recomendaciones formuladas, se deberá tomar una decisión sobre la prioridad que ha de darse a los recursos de la organización, en particular teniendo en cuenta la próxima Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del Convenio de La Haya de 1993 que debería celebrarse a más tardar en el primer semestre de 2015<sup>176</sup>. Si el equipo no recibe otros recursos, la eventual reunión del grupo de expertos podría tener que esperar a que la Comisión Especial sobre adopción internacional tenga lugar, de modo que la primera reunión del grupo de expertos no podría celebrarse antes del segundo semestre de 2015. Sin embargo, si los Miembros deciden dar mayor prioridad a estos trabajos (es decir, si consideran que debería celebrarse antes una reunión), deberán asignarse recursos adicionales a este proyecto. No obstante, se considera que la Oficina Permanente debería continuar entre tanto recabando información.

---

<sup>176</sup> Véanse las Conclusiones y Recomendaciones adoptadas por el Consejo de Asuntos Generales y Política de 2013, ap. 20 c). Conviene destacar que esta sección trata de cuestiones de prioridad "relativa": a saber, si los trabajos continúan en ese ámbito, la prioridad que conviene darles *respecto de otros ámbitos de trabajo*. En comparación, el debate que figura en los aps. 49 a 51 *supra* es sobre cuestiones de prioridad "absoluta": en otras palabras, si los miembros consideran o no que conviene seguir haciendo trabajos sobre este proyecto en la Conferencia de La Haya.

**A N E X O S**

## ANEXO A – GLOSARIO ACTUALIZADO

|                                                             |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
|-------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <b>Acuerdo de maternidad subrogada internacional</b>        | <p>Acuerdo de maternidad subrogada celebrado por el o los progenitores comitentes con residencia<sup>1</sup> en un Estado y una gestante que reside (o que a veces solo está presente) en otro Estado.</p> <p>Este tipo de acuerdo puede implicar la participación de donantes de gametos en el Estado de residencia de la gestante (o en el Estado en que está presente) o incluso en un tercer Estado.</p> <p>Este acuerdo puede ser un acuerdo de maternidad subrogada tradicional o de maternidad subrogada gestacional, y puede ser altruista o con fines lucrativos<sup>2</sup> (véase a continuación).</p>                                                                                                                                                                            |
| <b>Acuerdo de maternidad subrogada tradicional</b>          | <p>Acuerdo de maternidad subrogada en que la gestante aporta su propio material genético (ovocito); de modo que el niño está emparentado genéticamente con ella.</p> <p>Este acuerdo puede realizarse por concepción natural o por medio de procedimientos de inseminación artificial.</p> <p>Puede ser altruista o con fines lucrativos (véase a continuación).</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                         |
| <b>Acuerdo de maternidad subrogada gestacional</b>          | <p>Acuerdo de maternidad subrogada en que la gestante no aporta su propio material genético, y por tanto el niño no está genéticamente emparentado con ella.</p> <p>Este tipo de acuerdo suele ser consecuencia de un tratamiento de FIV. Los gametos pueden ser solo los de uno de los dos progenitores comitentes o no proceder de ninguno de los dos.</p> <p>Este acuerdo puede ser altruista o con fines lucrativos (véase a continuación).</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                          |
| <b>Acuerdo de maternidad subrogada con fines lucrativos</b> | <p>Acuerdo de maternidad subrogada en que el o los progenitores comitentes abonan a la gestante una remuneración económica generalmente superior a sus "gastos razonables". Se puede llamar a esta remuneración "compensación" por daño moral o puede ser simplemente el precio que solicita la gestante por su embarazo.</p> <p>Se puede tratar de un acuerdo de maternidad subrogada gestacional o de un acuerdo de maternidad subrogada tradicional.</p> <p>N.B.: a menudo es difícil distinguir los acuerdos de maternidad subrogada altruista de los acuerdos de maternidad subrogada con fines lucrativos. Así, si una gestante está desempleada antes de la concepción pero puede solicitar "gastos razonables", incluido el lucro cesante, ¿el acuerdo sigue siendo "altruista"?</p> |
| <b>Acuerdo de maternidad subrogada altruista</b>            | <p>Acuerdo de maternidad subrogada en el que el o los progenitores no pagan nada a la gestante o sólo sus "gastos razonables" asociados a la maternidad subrogada. La gestante no recibe ninguna otra remuneración económica.</p> <p>Puede tratarse de un acuerdo de maternidad subrogada gestacional o de un acuerdo de maternidad subrogada tradicional.</p>                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                               |

<sup>1</sup> El término "residente habitual" o "residencia habitual" se evita voluntariamente aquí. Con frecuencia los progenitores comitentes y la gestante son "residentes habituales" de esos Estados, pero se ha optado por una definición amplia (que abarca incluso las situaciones en que una gestante está solo "presente" en el otro Estado) con el fin de abarcar todas las hipótesis en que se plantean problemas, por ejemplo, las situaciones en que las mujeres son víctimas de "trata" en un Estado permisivo con el fin de que se conviertan en gestantes.

<sup>2</sup> En respuesta a los comentarios de algunos progenitores comitentes, que consideran que el adjetivo "comercial" (tal como se emplea en el Glosario anexo al Doc. Prel. N° 10 de marzo de 2012) podía ser ofensivo respecto de los progenitores comitentes intervinientes, y que, aunque esos acuerdos pueden aportar una compensación superior a los gastos incurridos por la gestante, generalmente no son de carácter "comercial", se ha sustituido ese adjetivo por la expresión "con fines lucrativos".

|                                                           |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                             |
|-----------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
|                                                           | Este acuerdo se celebra a menudo (pero no siempre) entre el o los progenitores comitentes y una persona que conocen (una parienta o una amiga por ejemplo).                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |
| <b>Estado de recepción</b>                                | Estado de residencia de los progenitores comitentes al que desean volver con el niño después de su nacimiento.                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                              |
| <b>Estado de nacimiento del niño</b>                      | Estado en que la gestante da a luz al niño y en el que se plantea inicialmente la cuestión de la filiación legal del niño. Se trata generalmente del Estado de residencia de la gestante. En algunos casos, sin embargo, la gestante puede desplazarse expresamente a un Estado para dar a luz <sup>3</sup> .                                                                                                                                                                               |
| <b>Madre gestante</b>                                     | Mujer que acepta quedar embarazada y gestar a uno o varios niños para el o los progenitores comitentes y renuncia a su patria potestad después del nacimiento. En este informe, el término incluye también a una mujer que no ha aportado su material genético al niño. En estas circunstancias, se llama a la gestante "mère gestatrice" o "mère gestationnelle" en algunos Estados francófonos, o " <i>gestational carrier</i> " o " <i>gestational host</i> " en los Estados anglófonos. |
| <b>Progenitores comitentes</b>                            | Persona o personas que solicitan a una mujer que acepte gestar a un niño, con la intención de asumir ellos su guarda y la patria potestad después del nacimiento, y criarlo como si fuera suyo. Estas personas pueden estar genéticamente emparentadas o no con el niño nacido en virtud del acuerdo.                                                                                                                                                                                       |
| <b>Donante de gametos (ovocitos)</b>                      | Mujer que aporta sus ovocitos para que los utilicen una o varias personas para concebir un niño. En algunos Estados, estas "donantes" pueden recibir una remuneración superior a los gastos en que incurren. La cuestión del anonimato de las "donantes" se aborda de un modo distinto de un Estado a otro.                                                                                                                                                                                 |
| <b>Donante de gametos (espermatozoides)</b>               | Hombre que aporta sus espermatozoides para que los utilicen otras personas para concebir un niño. En ciertos Estados, estos "donantes" pueden recibir una remuneración superior a los gastos en que incurren. La cuestión del anonimato de los "donantes" se aborda de manera distinta de un Estado a otro.                                                                                                                                                                                 |
| <b>Filiación determinada legalmente o filiación legal</b> | Parentesco que une al niño a una o más personas que la ley aplicable reconoce como sus "padres" y que adquirirán todos los derechos y obligaciones que se derivan de esa condición. En las situaciones de maternidad subrogada, la filiación legal no coincide necesariamente (de hecho pocas veces coincide) con la filiación genética (la que une al niño con los padres que han aportado su material genético).                                                                          |
| <b>Filiación genética</b>                                 | Parentesco que une al niño a una o más personas que han aportado su material genético para su concepción. En algunos países, se habla de "filiación biológica". En las situaciones de maternidad subrogada, los padres genéticos del niño no son necesariamente sus padres legales (con frecuencia no lo son).                                                                                                                                                                              |

<sup>3</sup> O puede haber sido víctima de trata y llevada a ese Estado con ese fin.

A world map illustrating the distribution of human skin color. The map is color-coded: dark skin is shown in dark brown, light skin in light brown, and intermediate skin colors in various shades of tan and olive. Dark skin is prevalent in sub-Saharan Africa, parts of the Pacific, and India. Light skin is concentrated in Europe, North Africa, and the Middle East. Intermediate skin colors are found in South and Central America, Southeast Asia, and Australia.

[illegible]