

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO APLICABLE A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Rosa Elvira VARGAS BACA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Normas de competencia internacional y de derecho aplicable*. III. *Reconocimiento de sentencias y de otros documentos públicos extranjeros*. IV. *Orden público e interés superior de la niñez*. V. *Coope-
ración internacional entre autoridades*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En México, como en otros países, los problemas que surgen de este tipo de gestación cuando en un caso concreto existe un elemento extranjero implican la convergencia de normas de diversos países o de distintos sistemas jurídicos. A esto se le añade que en la temática de reproducción humana en general no se ha legislado de manera adecuada ni suficiente, por lo que los problemas que se suscitan son resueltos de modo dispar. El presente capítulo tiene por objeto hacer referencia a las normas aplicables a la gestación por sustitución, conforme a lo previsto en el sistema jurídico mexicano.

II. NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL Y DE DERECHO APLICABLE

El maestro Elí Rodríguez Martínez propone el estudio de los problemas de derecho internacional privado en los contratos respectivos, atendiendo a las situaciones referentes, en primer lugar, a la formación de tales instrumentos y, en segundo lugar, al contenido de los mismos y a sus efectos en ese ámbito normativo.¹

¹ Siguiendo la metodología de este especialista, así como sus razonamientos, se hará mención de los aspectos más importantes de regulación para los contratos internacionales de

1. *Normas de competencia internacional*

En aquellos casos en que las partes celebren un contrato de gestación por sustitución, la determinación del foro competente debe considerar el principio de la autonomía de la voluntad de las partes, por virtud del cual los contratantes pueden estipular la autoridad ante la cual se someterá la controversia. Entre las posibles autoridades a considerar se encuentran la del lugar donde reside la gestante, la del lugar donde se producirá el nacimiento o, incluso, la del lugar en el que tienen su residencia los padres intencionales. En caso de omisión de la cláusula de sometimiento de competencia, de acuerdo con los principios en materia contractual, se ha de estar a la autoridad del lugar en donde existan los vínculos más estrechos —por ejemplo, el lugar donde reside la gestante—, donde producirá efectos el contrato, aquella que más le favoreciere a la mujer gestante, o el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

No obstante, no es posible dejar de lado lo dispuesto en el Código Federal de Procedimientos Civiles, el cual estipula en el artículo 24 la competencia en razón del territorio, refiriéndose en las fracciones I y II al juez del lugar que el demandado haya señalado para ser requerido judicialmente respecto del cumplimiento de su obligación, o al del lugar del cumplimiento de la obligación. Ambos preceptos tienen aplicación para dirimir las controversias que se susciten en el contexto de los contratos de gestación por sustitución transnacional, aunque los casos en los que se demanda su incumplimiento todavía no son frecuentes.

La gestación subrogada se enmarca en el derecho de familia, por lo que, en el caso de México, si las partes no eligieron el tribunal competente más conveniente a sus intereses —en función de obtener la aplicación de una ley sustantiva favorable a sus pretensiones y de poder ejecutar con mayor facilidad la sentencia que se dicte—, corresponderá a los jueces mexicanos competentes en aquella materia conocer de los asuntos respectivos. También se debe reiterar que, siendo México un Estado federal, la competencia se encuentra dividida en lo que atañe a la Federación y los asuntos que corresponden a las entidades locales, ya sea en materia familiar o en materia civil; a ellos se habrá de acudir en función de tal asignación de competencias y no se descarta que, ante el eventual desarrollo de la gestación por sustitución y

gestación subrogada. Al respecto, véase Rodríguez Martínez, Elí, “Breves anotaciones sobre los problemas de derecho internacional privado respecto a los contratos internacionales sobre maternidad sustitutiva”, *Perspectiva Jurídica*, México, núm. 2, 2014, disponible en: <http://www.edkpublicaciones.com/uf/index.php/indice-2/breves-anotaciones-sobre-los-problemas-de-derecho-internacional-privado-respecto-a-los-contratos-internacionales-sobre-maternidad-sustitutiva>.

la legislación que en torno a ella se expida, probablemente la *lex fori* prevea en el futuro la existencia de una jurisdicción todavía más especial.

2. Normas de derecho aplicable

La forma de los contratos se rige por el principio *locus regit actum*. Éste tiene aplicación en el sistema legal mexicano por virtud de lo establecido en el artículo 13 del Código Civil Federal, el cual señala las reglas generales para determinar el derecho aplicable, siendo una de ellas la prevista en su fracción IV, misma que establece que “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren”. De esta manera, la ley del sitio donde se suscribe el acuerdo de gestación subrogada será la que determine los requisitos, así como las formalidades del instrumento, observándose en el caso del derecho de las distintas entidades locales que en México han regulado la figura. Puede tratarse de un acuerdo contenido en escritura pública o en un documento privado, que se presentará por lo general y en forma posterior ante el juez competente, las autoridades administrativas en materia de salud y el Registro Civil.

Otro aspecto que se debe tomar en cuenta en este punto es la capacidad de las partes, sobre la cual tiene aplicación la regla de derecho internacional privado consistente en que el estado y la capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio. Al respecto, es de mencionar que dicho principio debe observarse en el sistema jurídico mexicano para los asuntos conflictuales de gestación subrogada transfronteriza, según por mandato del artículo 13 antes citado, en cuya fracción II está contenido. Conforme a lo anterior, la ley atinente a la capacidad de las partes será establecida en función del derecho de su domicilio, que determinará quiénes pueden recurrir a la gestación subrogada. Es de hacer notar que, en el caso mexicano, la mayoría de los ordenamientos prevén que podrán ser padres intencionales parejas unidas en matrimonio o en concubinato, con la tendencia a incorporar mediante reformas a la legislación a personas solteras, y eliminar para cualquiera de los anteriores toda restricción que hubiera en razón de su sexo. Respecto de la mujer gestante, se exigen requisitos relacionados con su edad; estado físico, psicológico, civil; su entorno social, entre otros. Evidentemente, para todos los involucrados, contar con capacidad de goce y ejercicio es un requisito esencial, al que se le ha añadido en fechas recientes la nacionalidad mexicana, a fin de evitar el denominado “turismo reproductivo”.²

² Sin embargo, es importante mencionar que la restricción por nacionalidad no es la vía más adecuada para eliminar el turismo reproductivo; al contrario, propicia “...una discrimi-

En cuanto al contenido de los contratos y sus efectos en el derecho internacional privado, se debe distinguir entre las materias susceptibles de ser consideradas normas de orden público internacional y aquellas en donde existe libertad para que las partes puedan pactar el derecho aplicable, así como la existencia de reglas conflictuales específicas.

Derivado de los intereses que protege o con los cuales guarda relación, es necesario que exista una clara determinación para normar lo relativo al derecho a la reproducción, las técnicas auxiliares para hacerlo efectivo y, por lo tanto, respecto de la gestación por sustitución. Se debe considerar que ciertas cuestiones, como la determinación de la nacionalidad, de la paternidad, de la maternidad, del derecho aplicable a la filiación, así como el derecho a abortar y el derecho al resguardo de la identidad de los donantes —cuando los hubiere—,³ encarnan valores o principios fundamentales del sistema jurídico mexicano e integran, por lo tanto, el orden público internacional del país; a pesar de que las normas conflictuales locales señalaran derecho extranjero como aplicable, aquél sería sustituido por la *lex fori* en dichos casos. El derecho mexicano prevé categóricamente el impedimento anterior en el artículo 15 del Código Civil Federal, cuya fracción II establece que no se aplicará el derecho extranjero cuando las disposiciones del mismo “...o el resultado de su aplicación sean contrarios a principios o instituciones fundamentales del orden público mexicano”.

Sobre las normas conflictuales específicas que pudieran aplicarse al contenido de los contratos y a sus efectos en el derecho internacional privado, es de mencionar que prácticamente son inexistentes, entre otras razones, por el incipiente desarrollo de la normatividad concerniente a este tipo de gestación,⁴ las dificultades que presenta y la diversidad de opiniones que predominan respecto a ella.⁵ En efecto, la mayoría de los conflictos se resuelven a través de las normas de derecho internacional privado preexistentes.

nación por nacionalidad que eventualmente podría dar lugar a litigios sobre la constitucionalidad de la restricción...”, por lo que “...sería más apropiado tomar como factor relevante el país de residencia, en lugar de la nacionalidad de los padres intencionales. Esta solución [además] contribuiría a reducir problemas de derecho internacional privado”. Véase Albornoz, María Mercedes y López González, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, pp. 9 y 10, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/31741/28730>.

³ Que, conforme al ordenamiento legal, pudieran tener los donadores de gametos.

⁴ No obstante, véase el capítulo decimosexto de la presente obra.

⁵ Para tener una noción de lo que ocurre en el derecho comparado, véase Scotti, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 1, núm. 1, di-

Ahora bien, lo relativo al objeto de los contratos requiere especial atención, puesto que en este punto radica la mayor problemática que se observa respecto de la gestación por sustitución —no sólo transnacional, sino también en cualquiera de los ordenamientos que la contemplan—, ya que dicha práctica consiste en encargar a una mujer la gestación de un niño, a fin de entregarlo a la persona o pareja que lo solicitó una vez que ocurra el nacimiento.

Para algunos especialistas, cuando lo anterior consiste en disponer del cuerpo humano, haciéndolo un elemento de intercambio oneroso⁶ (este hecho no sería posible conforme al orden jurídico en materia civil y que a la vez iría en contra de los derechos humanos), pero como también implicaría la transmisión de la filiación del niño (es considerada de orden público e interés social, se ubica fuera de la libertad contractual y además versa sobre la patria potestad, que no es renunciable), la licitud del objeto del contrato queda en entredicho por partida múltiple. De lo anterior pueden derivarse diversas situaciones desfavorables para el niño y para los padres intencionales, principalmente, que se agravan cuando la gestación subrogada se da en un contexto internacional. Sin embargo, desde ahora se puede mencionar que, a través de una adecuada ponderación de los derechos en juego y de la tutela del interés superior del niño, se han resuelto los problemas que en la práctica han llegado a surgir con relación a este elemento de los contratos de gestación subrogada, que incluso, cuando es oneroso, puede llegar a considerarse ilícito.

En este contexto de búsqueda de soluciones prácticas, es importante señalar el contenido de las fracciones III y V del artículo 14 del Código Civil Federal, relativas a los principios que deberán ser observados en la aplicación del derecho extranjero, refiriéndose aquéllas a la institución desconocida y al deber de armonizar los diversos derechos en conflicto, respectivamente. Conforme a los anteriores, "...No será impedimento para la aplicación del derecho extranjero, que el derecho mexicano no prevea instituciones o procedimientos esenciales a la institución extranjera aplicable, si existen instituciones o procedimientos análogos..." y, en caso de que "...diversos aspectos de una misma relación jurídica estén regulados por diversos derechos, éstos serán aplicados armónicamente, procurando realizar las finalidades perseguidas por cada uno de tales derechos". A través de la aplicación de

ciembre de 2012, pp. 280-283, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.

⁶ Véase la sección IV del capítulo tercero de la presente obra, donde se desarrollan las diversas posturas al respecto.

estos principios es que se puede dar solución a algunos de los problemas surgidos principalmente con la nacionalidad del niño, la filiación, el reconocimiento de sentencias y documentos públicos extranjeros, entre otros, que para las partes involucradas se convierten en verdaderos callejones sin salida.

Un último aspecto que se debe destacar, con importante aplicación en lo que a la gestación por sustitución se refiere, es el fraude a la ley. Conforme a este principio, es dable excluir la aplicación de la norma jurídica extranjera en el foro, cuando una de las partes en el proceso, para obtener provecho de la regulación extranjera más permisiva, provoca por medio del cambio de los puntos de contacto en una relación jurídica la aplicación de una norma sustantiva diferente, obteniendo un beneficio mayor al que originalmente le correspondería. El Código Civil Federal hace referencia a dicho principio en la fracción I de su artículo 15, la cual dispone que no se aplicará el derecho extranjero “Cuando artificiosamente se hayan evadido principios fundamentales del derecho mexicano...”; en esos casos, el juez determinará “...la intención fraudulenta de tal evasión”. Es así que el fraude a la ley se convierte en un elemento importante a analizar, ya que algunos de los casos de gestación por sustitución se pueden estar realizando con el conocimiento de que el derecho del Estado del que se es nacional, o en el que se reside, no permite la gestación recurriendo a esta práctica, a pesar de lo cual los padres de intención la estarían efectuando en el extranjero, sin prever las consecuencias legales negativas, entre las que están que no se reconozca la filiación respecto de ellos o que la nacionalidad de los menores quede en el vacío.⁷ Además, es importante mencionar que no existe uniformidad en las posturas que asumen los operadores jurídicos al respecto.⁸ Al fin y al cabo, la existencia de fraude a la ley, con la correspondiente consecuencia de sustituir el derecho extranjero por el del foro, se resolverá tomando en consideración los elementos de cada caso concreto.

III. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS Y DE OTROS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

El reconocimiento de sentencias y de documentos públicos extranjeros guarda estrecha relación con uno de los aspectos prácticos más perceptibles de los

⁷ En este sentido, la forma de excluir el fraude a la ley sería determinar si el convenio de gestación por subrogación tiene lugar en un Estado con el que los involucrados ya se encontraban internacionalmente conectados. Scotti, Luciana B., *op. cit.*, p. 278.

⁸ Para las diversas posturas acerca de la posibilidad de que haya fraude a la ley en la gestación por sustitución transfronteriza, véase el apartado 2 de la sección IV del capítulo quinto de la presente obra.

contratos internacionales de gestación subrogada, consistente en la pretensión de los padres comitentes de que el país del que son nacionales, o bien donde tienen su domicilio o residencia habitual, inscriba la filiación de los hijos que “han tenido” en el extranjero mediante esta forma de gestación.

Tanto la identidad como la personalidad jurídica, la filiación y la nacionalidad de los individuos desde su nacimiento son derechos fundamentales, que para su ejercicio requieren que, después de ocurrido el nacimiento, se inscriba a la persona en el registro correspondiente. Es precisamente en el registro del niño donde se genera una buena parte de los casos legales que atañen a la gestación subrogada transfronteriza.⁹ Una vez ocurrido el nacimiento, generalmente las familias se trasladan al lugar de origen, domicilio o residencia de los padres intencionales y, dado que la filiación de los hijos se prueba con el acta de nacimiento o el documento equivalente,¹⁰ será un requisito necesario que la misma sea reconocida en el Estado al que pretenden ingresar. No obstante, se estará en la posibilidad de que el Estado niegue el reconocimiento si hay una violación de su orden público, o bien si se llegara a observar que hubo fraude a la ley, lo cual en el caso de la gestación subrogada es frecuente, ya que en un número importante de casos tal figura no está prevista en la legislación del Estado al que se trasladarán los padres o existe una prohibición expresa para llevarla a cabo o para reconocer sus efectos.¹¹

Para efectuar el reconocimiento del documento de que se trate, conforme al derecho mexicano, se deberá atender a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 13 del Código Civil Federal, que respectivamente establecen

⁹ Con relación a este punto, se debe mencionar que el hecho de que el nacimiento del menor haya tenido lugar en el territorio de un Estado específico constituye el factor de conexión que servirá para la determinación de la competencia para registrarlo. En estos casos, las autoridades del Estado de nacimiento son las competentes para ello.

¹⁰ Será un documento en el que conste el reconocimiento hecho de manera voluntaria o, incluso, la sentencia que establezca el vínculo filiatorio. La importancia de los anteriores radica en que se trata de un documento oficial que determina la filiación respecto de los padres y extiende la relación de parentesco hacia todo el grupo familiar, constituyendo así el estado civil de la persona. Otras consecuencias jurídicas que se derivan del mismo son la nacionalidad del niño, su estado de inmigración y la responsabilidad de los padres respecto de éste, en cuanto a sus necesidades de alimentación, salud, educación, sano esparcimiento, entre otras.

¹¹ En su momento y con la vaguedad y ambigüedad de la regulación sobre el tema, la problemática en cuanto a la práctica del procedimiento en el estado de Tabasco rebasó fronteras, principalmente cuando se pretendía registrar como hijos a los menores nacidos mediante este procedimiento en un país como México que lo admite, en relación con otras naciones que lo prohíben. Véase Galicia Pérez, José Esteban Ramón, “Análisis de la maternidad subrogada en el nuevo paradigma constitucional mexicano: caso Tabasco”, *Revista Jurídica*, México, vol. 5, diciembre de 2017, pp. 80 y 81, disponible en: <https://revistacientifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridicaau/article/view/241/170>.

lo siguiente: "...Las situaciones jurídicas válidamente creadas en las entidades de la República o en un Estado extranjero conforme a su derecho, deberán ser reconocidas..."; "El estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio". De manera que, si la gestación por subrogación se pactó en términos de ley, en el país donde se llevó a cabo la práctica de la misma, éste será el elemento fundamental a considerar al momento en que se solicite el reconocimiento del documento relativo. La filiación habrá de regirse por la ley del lugar donde las personas que suscribieron el acuerdo subrogatorio tienen su domicilio.

Otros elementos que deben analizarse cuando se solicita el reconocimiento de los documentos de referencia son las excepciones de orden público y fraude a la ley, en conjunto con el artículo 338 del Código Civil Federal, el cual señala que "No puede haber sobre la filiación ni transacción ni compromiso en árbitros", ya que, como se ha indicado previamente, el objeto del contrato internacional de gestación por sustitución podría considerarse ilícito y, por lo tanto, carente de efectos.

Conforme al derecho nacional, la filiación no puede ser materia de convenio entre las partes, por lo que, a menos que se asuman posturas jurídicas donde se realice una adecuada ponderación de intereses y se vele por los derechos del niño, como ha sido adelantado, procedería denegar el reconocimiento del documento respectivo.¹²

Es conveniente precisar que, si el documento en el que se estableció la filiación en el extranjero es una sentencia, la misma habrá de someterse a reconocimiento en los términos previstos en la *lex fori* para el reconocimiento y ejecución en general de las sentencias extranjeras, de cumplirse los requisitos que se expondrán posteriormente.

Ahora bien, es frecuente que junto a problemas de filiación se generen conflictos relativos a la nacionalidad del niño. Se observa que, ante la variedad de regulación en la temática, cada Estado determina las variables bajo las cuales otorga la nacionalidad a una persona.¹³ Es dable que las leyes de éste reconozcan la paternidad de los comitentes, pero no otorguen la na-

¹² Nuria González y María Mercedes Albornoz sostienen en cuanto al orden público que en ocasiones éste puede ser atenuado, y evitar de esta manera caer en situaciones intolerables; por ejemplo, procederá reconocer el estado de hijo a pesar de que internamente se prohíbe la gestación subrogada. Cfr. González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, "Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, p. 175, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>.

¹³ En general, "...el niño nacido luego de una *gestación subrogada transfronteriza*... no adquirirá la nacionalidad del Estado de nacimiento. No obstante, la regla es diferente en algunos países como Estados Unidos [específicamente] en California, donde reside la madre portado-

cionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio; ello implicaría tener que solicitar un pasaporte o documento de viaje para el niño, con el riesgo de que el documento respectivo no se obtenga con la celeridad que coincida con el tiempo que se ha otorgado a los padres para permanecer en el Estado donde se llevó a cabo la gestación por sustitución.

Además de lo anterior, al momento de determinar cuál es la autoridad competente para decidir si se reconoce o no el documento respectivo, es probable que se produzca una disociación de competencias en Estados federales donde la nacionalidad es cuestión federal, en tanto que la filiación y el registro de nacimientos competen a las entidades federativas —como en el caso de México—, lo que podría tener por efecto que el Estado al que los padres intencionales se van a trasladar reconociera o estableciera la filiación del niño nacido en el extranjero luego de una gestación subrogada transnacional y que, sin embargo, no le confiriera su nacionalidad, o, a la inversa, que el niño adquiriera la nacionalidad del Estado donde va a residir, sin que se reconozca ni se establezca su filiación con respecto a uno o ambos padres intencionales.¹⁴ Todas estas situaciones, en ocasiones, llevan a los comitentes a buscar estrategias no legales para salir del país con el niño y a caer en conductas que podrían ser calificadas como tráfico de personas. Igualmente, al carecer los niños de una filiación cierta y orillarlos a asumir un estado de apátridas, se vulneran sus derechos humanos fundamentales y se propicia inseguridad jurídica, así como el surgimiento de muchas otras complicaciones, sobre las que no se tiene certidumbre, porque los tribunales no adoptan criterios similares al momento de resolver.

En cuanto a la ejecución de sentencias dictadas en el extranjero para instituir derechos o resolver litigios, con relación a la gestación por sustitución, es importante mencionar que aquélla se rige por lo señalado en la fracción III del artículo 571 del Código Federal de Procedimientos Civiles, en el sentido de que “Las sentencias, laudos arbitrales privados de carácter no comercial y resoluciones jurisdiccionales dictados en el extranjero, podrán tener fuerza de ejecución...” si, entre otras condiciones, el juez o tribunal sentenciador tuvo “...competencia para conocer y juzgar el asunto de acuerdo con las reglas reconocidas en el derecho internacional que sean compatibles...” con las adoptadas por el referido Código. Como se puede advertir, hay una regla de “fijación de competencia indirecta” a observar para la ejecución de sentencias, ante lo cual el órgano encargado de dicha ejecución deberá reali-

ra y nace el niño, con padres intencionales extranjeros, el menor contará con la nacionalidad estadounidense”. González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, *op. cit.*, p. 174.

¹⁴ *Ibidem*, p. 175.

zar el estudio del contexto en el que se dictó la determinación, en particular la competencia del órgano emisor, y allegarse de los elementos informativos que le permitan proceder a la ejecución de lo ordenado, lo cual en los casos de gestación por sustitución transfronteriza no resulta una labor sencilla, principalmente por la disparidad de los ordenamientos en conflicto, por lo que le será necesario apoyarse en la cooperación internacional.

En este orden de ideas, se debe mencionar que, en aras de evitar que los casos legales que se suscitan alrededor de la gestación subrogada transfronteriza queden sin resolución, tendrá aplicación lo que en general dispone el artículo 565 del Código Federal de referencia, tocante a los casos en que el tribunal nacional puede aceptar la competencia propuesta, aunque en principio no la tenga, al establecer que "...el tribunal nacional reconocerá la competencia asumida por el extranjero si a su juicio éste hubiera asumido dicha competencia para evitar una denegación de justicia, por no existir órgano jurisdiccional competente...", aunado a que "...el tribunal mexicano podrá asumir competencia en casos análogos".

Por último, un punto importante a mencionar en cuanto a la forma es que para que en México hagan fe "...los documentos públicos extranjeros..., éstos deben presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables", además de que "...Los que fueren transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de legalización", tal como lo dispone el artículo 546 del Código Federal de Procedimientos Civiles. Es así que los documentos que con mayor frecuencia exhiben las partes involucradas en el procedimiento de gestación por sustitución son el contrato de gestación subrogada, cuando ha sido celebrado ante autoridades con fe pública o exhibido ante ellos para efectos de darles tal publicidad; el acta de nacimiento, y la sentencia extranjera e, incluso, la carta rogatoria que acompaña a esta última. Todos ellos deben presentarse legalizados a través de las autoridades consulares mexicanas o, en su caso, apostillados y, cuando es necesaria su traducción, ésta deberá correr a cargo de un perito traductor oficial; todo lo anterior, a fin de abonar a la autenticidad de los mismos.

IV. ORDEN PÚBLICO E INTERÉS SUPERIOR DE LA NIÑEZ

Previamente se ha analizado el orden público como excepción para la aplicación del derecho extranjero y la manera en que repercute en los casos de gestación subrogada transfronteriza. Se ha señalado que, aun en el supuesto de que esta excepción resulte aplicable, puede ser atenuada a través de una

correcta ponderación de los derechos convergentes y de la tutela del interés superior de la niñez,¹⁵ a fin de resolver los casos que en la práctica se suscitan, entre otros aspectos, en materia de registro, filiación y nacionalidad del niño.¹⁶

Dadas las características y circunstancias en que se realiza la reproducción asistida en general, cada vez existe mayor consenso en que la práctica de la misma y sus consecuencias no pueden considerarse únicamente desde la forma en que impactarán en los adultos que intervienen en aquélla, por lo que deben tomarse en cuenta los derechos de los niños, los cuales también se ven afectados, siendo ellos tal vez la parte más frágil en lo que a estas técnicas se refiere, cuando se accede a ellas.

Aun fuera del contexto de la gestación por sustitución, en la actualidad se considera que los derechos de los niños deben tener prioridad sobre los derechos de las personas adultas. Sin embargo, lo anterior adquiere mayor relevancia en el tema desarrollado, ya que las consecuencias de este tipo de actos tienen una trascendencia jurídica que se extiende a lo largo de toda la vida de la persona.

En el ámbito internacional son tres los instrumentos donde consta el reconocimiento jurídico y político de los derechos humanos de los niños: la Declaración de Ginebra de 1924, la Declaración de los Derechos del Niño de Naciones Unidas del 20 de diciembre de 1959 y la CDN del 20 de noviembre de 1989, también de la ONU.¹⁷ En su artículo 3.1, esta última consagra el “interés superior del niño” como uno de sus principios rectores y dispone que, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a la cual se deberá atender es el interés superior del niño.

El Comité de Derechos del Niño, en su Observación General núm. 14,¹⁸ ha caracterizado triplemente al interés superior del niño como un derecho

¹⁵ Véase el apartado 3 de la sección IV del capítulo quinto de la presente obra.

¹⁶ Como se ha visto, los supuestos de afectación más analizados son la incertidumbre en la filiación, en el reconocimiento de los documentos que prueban la filiación y en la indefinición de la nacionalidad, a los que se les puede añadir la vulneración del derecho de las personas a conocer sus orígenes biológicos, de acuerdo con los instrumentos internacionales que así lo reconocen.

¹⁷ De estos instrumentos, México es signatario tanto de la Declaración de los Derechos del Niño como de la CDN, aclarando que la Declaración de Ginebra es un documento que posee un valor histórico e intrínseco asociado al tema, sin tener un carácter vinculante.

¹⁸ Comité de los Derechos del Niño, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, ONU, disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf. Cabe mencionar que el Comité es el órgano responsable de verificar el cumplimiento de la CDN.

sustantivo directamente aplicable, como una norma de procedimiento y como un principio jurídico interpretativo fundamental.¹⁹

En el caso de México, la LGDNN, en su artículo 2o., párrafo segundo, dispone que “El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector”.

Por su parte, la SCJN, al tenor del actual párrafo noveno del artículo 4o. de la CPEUM y del concepto que interpretó la CoIDH, definió mediante jurisprudencia dicho interés superior, estableciendo que “...la expresión «interés superior del niño»... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.²⁰

El dinamismo y la flexibilidad de este principio, es decir, el que en cada caso particular se pueda concretar cuál es su contenido, y no limitarse nada más a hacer un análisis abstracto, han permitido que se resuelvan de manera satisfactoria diversos asuntos relacionados con la gestación por sustitución, no sólo en el ámbito nacional, sino también transnacional.²¹

De tales atributos deriva la posibilidad de analizar en su conjunto todos los intereses jurídicamente tutelados que concurren en cada caso particular y realizar una ponderación de los mismos, siempre con miras a proteger al niño y sus derechos, por encima de otros intereses. De esta manera, en aquellos casos de gestación por sustitución en donde se ha determinado procedente la excepción de orden público, la misma ha sido “matizada” por el interés superior del niño y éste es el criterio que prevalece actualmente, pues en los casos en que el juez analiza la aplicación de la excepción en comento, también valora si dicha aplicación afecta el interés superior del niño y, de ser así, se deberá pronunciar a favor de este último,²² con la salvedad introducida en

¹⁹ Al respecto, véase Garibo Peyró, Ana-Paz, “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, España, vol. XXVIII, núm. 93, mayo-agosto de 2017, p. 248, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>.

²⁰ Tesis 1a./J. 25/2012 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, libro XV, t. 1, diciembre de 2012, p. 334.

²¹ Incluso, el interés superior del niño forma parte del orden público internacional, ya que tutela los derechos de los niños como parte de los postulados y valores en los que se sustenta el sistema jurídico universal, donde se encuentra debidamente consagrado como principio. En este sentido, véase el apartado 3 de la sección IV del capítulo quinto de esta obra.

²² Sobre este punto, es importante señalar que antes de la reforma del 13 de enero de 2016 al Código Civil para el Estado de Tabasco, la cual prohibió el acceso a la gestación

la aplicación judicial de este principio, en el sentido de que no se puede utilizar indiscriminadamente, además de que ha de invocarse para interpretar y aplicar la ley y llenar sus lagunas, pero no para contrariarla expresamente.

Es de destacar que, bajo estas mismas consideraciones, la protección preferente del interés superior del niño también resulta aplicable a los actos donde pudiera existir fraude a la ley, ya que “los menores no deberían pagar por los mismos”.²³

Todo lo anterior lleva a concluir que los derechos fundamentales —en los que se enmarca la tutela del interés superior del niño— dan contenido al orden público internacional al operar como límites a la aplicación de un derecho extranjero que los avasalle,²⁴ ofreciendo soluciones prácticas y adecuadas a los problemas complejos que, en materia de filiación y nacionalidad, entre otras, se desprenden de la gestación por sustitución.

En tal sentido, se puede observar que en la actualidad la tutela del interés superior de la niñez se constituye en un pilar alrededor del cual gravita la forma en que se resuelven los diferentes problemas relacionados a la gestación por sustitución, en este caso transfronteriza, de manera que en los casos judiciales resueltos se ha llegado a la conclusión de que sería contrario al interés superior del niño no fijar la filiación respecto de sus padres intencionales, no reconocer los documentos en los que consta dicho vínculo jurídico, no proteger el estatus migratorio de los menores, no reconocer la copaternidad de los comitentes, negar a los infantes su registro civil, así como vulnerar su derecho a tener una identidad y a contar con una nacionalidad,²⁵ por mencionar algunos hechos conculcatorios vinculados en ocasiones a esta práctica.

subrogada a extranjeros, en dicha entidad se pactaron varios acuerdos subrogatorios, teniendo como padres intencionales a personas provenientes del exterior, quienes enfrentaron la imposibilidad de obtener actas de nacimiento para sus hijos nacidos a través de este tipo de reproducción. Se puede mencionar, de manera general, que la pretensión de los padres intencionales era que el gobierno del estado de Tabasco emitiera las actas de nacimiento de los niños, con base en criterios apegados a los derechos humanos y el interés superior de la niñez. Para casos que ilustran esta problemática, véase el capítulo decimocuarto de la presente obra. Véanse también GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>; GIRE, “Las mentiras del gobierno de Tabasco sobre la gestación subrogada”, *El Universal*, México, 22 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/blogs/colectivo-gire/2017/02/22/las-mentiras-del-gobierno-de-tabasco-sobre-la-gestacion-subrogada>.

²³ Al respecto, véanse los razonamientos en que se funda el caso *Mennesson*, mencionado por Rodríguez Martínez, Elí, *op. cit.*

²⁴ Scotti, Luciana B., *op. cit.*, p. 271.

²⁵ Sobre la manera en que se han resuelto ese tipo de situaciones, véanse los casos citados en Rubaja, Nieve, “El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, en

V. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE AUTORIDADES

Uno de los elementos que menos desarrollo ha tenido en lo que a normas de derecho internacional privado se refiere, atinentes a la gestación por sustitución, es el relativo al establecimiento de reglas para la cooperación internacional entre autoridades, la cual resulta de suma importancia, ya que la demora en la tramitación de los asuntos respectivos tiene repercusiones importantes en todos los casos. Por ejemplo, los niños nacidos a partir de la gestación por sustitución no pueden permanecer indefinidamente sin filiación, sin nacionalidad o con una calidad migratoria incierta, que incluso los lleve a ser objeto de resguardo ante las autoridades del Estado donde ocurrió su nacimiento por periodos considerables, mientras se define su situación legal o se resuelven los casos legales en los que se atienden los conflictos desencadenados. En este sentido, es de extrema urgencia la cooperación²⁶ internacional entre jueces y autoridades centrales, máxime si los procesos o procedimientos implican la realización de actos complejos y múltiples. Por lo anterior, es preciso impulsar la suscripción de instrumentos multilaterales vinculantes, en los aspectos que interesan a la gestación por sustitución.²⁷ Sin embargo, mientras tanto, ante la ausencia de reglas específicas, tendrá lugar la aplicación de las normas de derecho internacional privado preexistentes, que se refieren a dicha cooperación, tanto en el orden jurídico nacional como en el internacional.

En México, el artículo 543 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispone que "...la cooperación judicial internacional se regirá por las disposiciones..." de dicho Código y "...demás leyes aplicables, salvo lo dispuesto por los tratados y convenciones de los que México sea parte" —que evidentemente son de aplicación preferente y más específicos—, por lo que se debe atender a lo que los mismos ordenen en materia de exhortos, ejecución de sentencias, cartas rogatorias, etcétera.

De esta manera, en lo que concierne a los exhortos, los artículos 550 y 557 del Código adjetivo federal disponen que si se han de remitir "...al extranjero serán comunicaciones oficiales escritas...", con la petición de realizar "...las actuaciones necesarias en el proceso en que se expidan..." y "...los datos informativos necesarios, y las copias certificadas, cédulas, co-

Moreno Rodríguez, José Antonio y Lima Marques, Claudia (coords.), *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre-Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014, pp. 286-295.

²⁶ Véase la sección VII del capítulo quinto de la presente obra.

²⁷ Véase el capítulo decimoquinto acerca de los esfuerzos de foros internacionales, en especial la HCCH, para impulsar la elaboración de instrumentos internacionales en esta materia.

pias de traslado y demás anexos procedentes...”; pero si se trata de notificaciones, citaciones o emplazamientos solicitados por tribunales extranjeros a las dependencias de la Federación y las entidades federativas mexicanas, “...se harán por conducto de las autoridades federales que resulten competentes...”, con base en el domicilio de aquéllas.²⁸

En lo que atañe a su tramitación, el citado Código, en sus artículos 551, 553, 554, 555 y 556, establece que “...podrán ser transmitidos al órgano requerido por las partes interesadas, por vía judicial, por medio de los funcionarios consulares o agentes diplomáticos o por la autoridad competente del Estado requirente o requerido...” —lo cual también aplica para las cartas rogatorias—; “Los exhortos internacionales que se reciban serán diligenciados conforme a las leyes nacionales” mexicanas; no formarán incidente si versan sobre notificaciones, recepción de pruebas o asuntos de trámite; “...sólo requerirán homologación cuando implique ejecución coactiva sobre personas, bienes o derechos...”; se tramitarán por duplicado, conservando “...un ejemplar para constancia...”, y se acompañarán de su traducción si se reciben “...del extranjero en idioma distinto del español”.

Si su finalidad es recabar o recibir pruebas, se deben tomar en cuenta los impedimentos establecidos para exhibir documentos de los archivos oficiales bajo control de los servidores públicos de la Federación —a menos que lo permita la ley o cuando lo ordene el tribunal mexicano “...a través del desahogo de un exhorto...”—; la prohibición de exhibir documentos “...identificados por características genéricas...” y para efectuar “...la inspección general de archivos que no sean de acceso al público, salvo en los casos permitidos por las leyes nacionales”; el impedimento por parte de servidores públicos para rendir declaraciones en procedimientos judiciales y desahogar la prueba testimonial respecto a sus actuaciones con esa calidad —sólo se realizarán por escrito “...cuando se trate de asuntos privados, y cuando así lo ordene el juez nacional competente”—, tal como se prevé en los artículos 559, 561 y 562 del Código Federal de Procedimientos Civiles.

Sobre la legalización o la apostilla, el numeral 546 del Código adjetivo federal ordena que “...los documentos públicos extranjeros, deberán presentarse legalizados por las autoridades consulares mexicanas competentes conforme a las leyes aplicables”, si se busca que hagan fe en la República, y los que son “...transmitidos internacionalmente por conducto oficial para surtir efectos legales, no requerirán de legalización”.

²⁸ Es competente para efectuarlas “...el tribunal del domicilio de quien vaya a ser notificado, de quien vaya a recibirse la prueba o donde se encuentre la cosa, según sea el caso”. Lo anterior, conforme al artículo 558 del Código de referencia.

Otro aspecto del derecho mexicano que incide en los casos de gestación por sustitución transfronteriza es la clara diferencia que establece entre la cooperación internacional entre autoridades y el reconocimiento de sentencias. Se debe precisar que la primera no comprende a esta última, con lo que se preserva la plena jurisdicción de cada uno de los entes públicos que se ven en la necesidad de pronunciarse en los conflictos. En tal sentido, el artículo 545 del Código Federal de Procedimientos Civiles dispone lo siguiente:

La diligenciación por parte de tribunales mexicanos de notificaciones, recepción de pruebas u otros actos de mero procedimiento, solicitados para surtir efectos en el extranjero, no implicará en definitiva el reconocimiento de la competencia asumida por el tribunal extranjero, ni el compromiso de ejecutar la sentencia que se dictare en el procedimiento correspondiente.

Asimismo, en el artículo 547 del mismo ordenamiento está la previsión consistente en que “Las diligencias de notificaciones y de recepción de pruebas en territorio nacional, para surtir efectos en el extranjero, podrán llevarse a cabo a solicitud de parte”. Esta disposición resulta útil, por ejemplo, en los casos de gestación por sustitución ocurridos en el territorio nacional, en donde los padres intencionales requerirán ejercitar diversas acciones judiciales, por vía de jurisdicción voluntaria, respecto al nacimiento de sus hijos y los derechos concurrentes, para que sean reconocidos en el exterior.

Por último, es importante destacar el auxilio diplomático y consular que, por encomienda contemplada en la Ley del Servicio Exterior Mexicano en su artículo 44, fracción V, otorga el personal respectivo, auxilio que también se ordena en el artículo 548 del Código adjetivo federal, estando facultado dicho personal para colaborar con autoridades jurisdiccionales en la práctica de diligencias en el extranjero, “...para surtir efectos en juicios que se tramiten ante tribunales nacionales...”. Las diligencias deben practicarse conforme a las disposiciones del Código Federal de Procedimientos Civiles, “...dentro de los límites que permita el derecho internacional”. De esta manera se atiende la necesidad de las partes interesadas y de los jueces nacionales que conocen de los diversos asuntos que ante ellos se planteen en materia de gestación por sustitución transfronteriza.

Con base en las reglas anteriores de cooperación, es la forma en que se abordan los casos legales de gestación por sustitución transfronteriza; sin embargo, se insiste en que lo idóneo es contar con normas *ex professo*, dados los intereses que deben ser tutelados en el ejercicio de dicha práctica.

VI. CONCLUSIONES

Ante la falta de uniformidad en la legislación nacional e internacional en torno a la gestación por sustitución, cuando en esta práctica reproductiva existen puntos de conexión con sistemas jurídicos de diversos Estados, es necesaria la aplicación de las normas de derecho internacional privado para resolver los casos legales que afectan tanto a los padres de intención como a la mujer gestante y al niño nacido a partir de la práctica de referencia.

Sería adecuado que existiera un instrumento internacional vinculante para resolver los problemas más importantes del tráfico jurídico internacional en materia de gestación subrogada. Sin embargo, la adopción de un texto definitivo enfrenta inconvenientes importantes debido a la complejidad propia del tema, así como a los diversos enfoques que existen respecto del mismo en la comunidad internacional.

Dado que en México, especialmente en el estado de Tabasco, se permitió el acceso a la gestación por subrogación a padres intencionales extranjeros, existen casos legales por resolver, a fin de no dejar en incertidumbre jurídica a las personas intervinientes en dicha forma de reproducción. En éstos y en los asuntos en particular, los problemas transfronterizos relativos a esta práctica se resolverán a través de las normas conflictuales que desde hace tiempo son parte del derecho internacional privado mexicano, en el orden familiar y civil en general, atendiendo también a los principios aplicables en materia de distribución de competencias de las autoridades involucradas.

La mayor problemática que se observa respecto de la gestación por sustitución radica en el objeto de los contratos a través de los cuales se pacta este tipo de gestación, puesto que podría considerarse ilícito en algunas jurisdicciones, como el caso de México. Esto último obstaculiza el reconocimiento de documentos públicos y sentencias extranjeras en los que consta la filiación, por la aplicación de las excepciones de orden público y fraude a la ley. Asimismo, el establecimiento de restricciones a la capacidad de las partes que suscriben los acuerdos de gestación subrogada en México repercute de manera negativa en la expedición de los documentos de identidad para los niños nacidos en este contexto y genera serias dificultades en materia de nacionalidad principalmente. Sin embargo, a través de una adecuada ponderación de los derechos en juego y de la tutela del interés superior del niño, se han venido resolviendo los conflictos surgidos en casos concretos, con relación a dichos elementos de los contratos asociados a esta práctica.

El establecimiento de reglas para la cooperación internacional entre autoridades resulta de suma importancia, máxime si los procesos o procedi-

mientos relativos a la gestación por sustitución transfronteriza implican la realización de actos complejos y múltiples, ya que la demora en la tramitación de los asuntos respectivos tiene repercusiones negativas principalmente para los niños, cuyos derechos se deben preservar, máxime que el Estado mexicano ha suscrito instrumentos internacionales en esa materia, tutelada además en su orden jurídico interno.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes y LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, “Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, nueva época, vol. 11, núm. 39, enero-junio de 2017, disponible en: <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/rev-inst-ciencias-juri-puebla/article/view/31741/28730>.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, “Observación general N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)”, ONU, disponible en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.
- GALICIA PÉREZ, José Esteban Ramón, “Análisis de la maternidad subrogada en el nuevo paradigma constitucional mexicano: caso Tabasco”, *Revista Jurídica*, México, vol. 5, diciembre de 2017, disponible en: <https://revistaciencia.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica/article/view/241/170>.
- GARIBO PEYRÓ, Ana-Paz, “El interés superior del menor en los supuestos de maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, España, vol. XXVIII, núm. 93, mayo-agosto de 2017, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2017/28/93/245.pdf>.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- GIRE, “Las mentiras del gobierno de Tabasco sobre la gestación subrogada”, *El Universal*, México, 22 de febrero de 2017, disponible en: <http://www.eluniversal.com.mx/blogs/colectivo-gire/2017/02/22/las-mentiras-del-gobierno-de-tabasco-sobre-la-gestacion-subrogada>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/524/784>.
- RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Elí, “Breves anotaciones sobre los problemas de derecho internacional privado respecto a los contratos internacionales sobre

maternidad sustitutiva”, *Perspectiva Jurídica*, México, núm. 2, 2014, disponible en: <http://www.edkpublicaciones.com/up/index.php/indice-2/breves-annotaciones-sobre-los-problemas-de-derecho-internacional-privado-respecto-a-los-contratos-internacionales-sobre-maternidad-sustitutiva>.

RUBAJA, Nieve, “El derecho internacional privado al servicio de los derechos fundamentales de los niños nacidos por el empleo de la gestación por sustitución en el extranjero”, en MORENO RODRÍGUEZ, José Antonio y LIMA MARQUES, Claudia (coords.), *Los servicios en el derecho internacional privado. Jornadas de la ASADIP 2014*, Porto Alegre-Asunción, Gráfica y Editora RJR, 2014.

SCOTTI, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la «maternidad subrogada»: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, Buenos Aires, año 1, núm. 1, diciembre de 2012, disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-colmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>.