

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

PROPUESTA PARA LA REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO MEXICANO

María Virginia AGUILAR
María Mercedes ALBORNOZ
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN
Elí RODRÍGUEZ MARTÍNEZ
Rosa Elvira VARGAS BACA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La regulación propuesta*. III. *Comentarios*.

I. INTRODUCCIÓN

A lo largo de esta obra se ha llevado a cabo un estudio de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado, propiciándose un espacio para el análisis y la reflexión acerca de muchos de los problemas y desafíos que esta realidad facilitada por el desarrollo de las TRHA plantea en términos jurídicos. Si bien el tema abordado presenta aristas susceptibles de ser analizadas desde distintas disciplinas, se ha escogido adoptar una perspectiva iusprivatista internacional, que no deja de lado las experiencias y diversas respuestas que ofrece el derecho comparado.

Ahora bien, como se ha podido apreciar, México carece de normas especiales de derecho internacional privado que regulen la gestación por sustitución transfronteriza. La ausencia de esta clase de reglas provoca confusión e incertidumbre jurídica, sobre todo allí donde las normas generales de la disciplina resultan insuficientes o inadecuadas para proteger efectivamente los intereses de los sujetos involucrados y para conferir la debida preponderancia al interés superior de los niños que nacen a raíz de la práctica estudiada.

Por ello, se considera necesario, a manera de corolario, proponer una serie de normas de derecho internacional privado especialmente dirigidas a regular la gestación por sustitución que presenta elementos de extranjería —es decir, que está vinculada a los sistemas jurídicos de, por lo menos, dos Estados—. La propuesta, fruto de un rico intercambio de ideas y del consenso logrado entre los autores del presente capítulo, pretende servir de modelo que oriente a los legisladores de las entidades federativas cuando decidan legislar esta materia.

Cabe recalcar que no se propone un régimen integral, de fondo, para la gestación por sustitución, sino normas que permiten tender puentes con otros sistemas jurídicos en situaciones internacionales, brindando un marco de certeza y de protección a las familias.

Las cuestiones que se estima fundamental regular en torno a la gestación por sustitución transfronteriza son tres: la competencia judicial internacional directa, la determinación del derecho aplicable y, finalmente, el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Como se puede apreciar, éstas corresponden a los pilares sobre los cuales se asienta el derecho internacional privado: jurisdicción, derecho aplicable y reconocimiento. Se tiene presente que actualmente la cooperación internacional entre autoridades puede revestir el carácter de cuarto pilar. No obstante, la propuesta no contiene normas especiales de cooperación, pues se considera que las reglas y los mecanismos de cooperación internacional —de fuente internacional y de fuente interna— vigentes en México y utilizados en la práctica en el país son suficientes y útiles para reforzar la implementación de las soluciones que a continuación se proponen.

II. LA REGULACIÓN PROPUESTA

COMPETENCIA INTERNACIONAL DIRECTA

Artículo 1. Para las controversias relativas a la filiación del niño nacido como consecuencia de gestación por sustitución transfronteriza, será juez competente, a opción de la parte actora, el del lugar de nacimiento del niño, el del lugar de residencia habitual de la persona gestante o el del lugar de residencia habitual de los padres intencionales.

Artículo 2. Para las controversias relativas al contrato de gestación por sustitución transfronteriza, será juez competente, a opción de la parte actora, el del lugar de celebración del contrato, el del lugar de cumplimiento del contrato, el del lugar de residencia habitual de la persona gestante o el del lugar de residencia habitual de los padres intencionales.

DERECHO APLICABLE

Artículo 3. La filiación del niño nacido como consecuencia de gestación por sustitución transfronteriza se registrará por el derecho del lugar de nacimiento del niño o el del lugar de residencia habitual de la persona gestante. Entre ellos, prevalecerá el que mejor beneficie el interés superior del niño.

Artículo 4. En caso de controversias relativas al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza, el derecho aplicable será, de aquellos vinculados con el caso, el que más beneficie a la persona gestante.

RECONOCIMIENTO DE LA FILIACIÓN ESTABLECIDA EN EL EXTRANJERO EN CASOS DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA

Artículo 5. En casos de gestación por sustitución transfronteriza, se reconocerá la validez de sentencias y de otros documentos públicos extranjeros que acrediten el vínculo filial, tomando como consideración primordial el interés superior del niño.

III. COMENTARIOS

1. *Denominación de los sujetos intervinientes*

La manera en la que se alude en la regulación propuesta a los sujetos intervinientes en la gestación por sustitución transfronteriza guarda coherencia con la terminología adoptada a lo largo de la presente obra.¹

Es importante señalar que se utiliza la denominación “persona gestante” y no “mujer gestante” para referirse a quien se obliga a gestar, a fin de reconocer y respetar la identidad de género de la persona gestante, toda vez que se han presentado casos en que mujeres que se sometieron a procesos de reasignación de sexo por identidad de género, manteniendo su útero, pudieron gestar. Por ello, nada impide que en México una persona de sexo femenino cuya identidad de género sea de sexo masculino pueda realizar la gestación, máxime cuando el Código Civil para el Distrito Federal, aplicable a la Ciudad de México, reconoce la validez de la identidad de género.

Asimismo, con el desarrollo de la ciencia y tecnología modernas se prevé que en un futuro esté al alcance de la población la posibilidad de que los hombres puedan acceder a trasplantes de útero y llevar a cabo procesos de gestación en sus cuerpos. Por ese motivo, procurando que la regla pueda

¹ Véase, en particular, la sección IV del capítulo primero.

abarcar en su ámbito material de aplicación las nuevas realidades, se consideró conveniente no hacer referencia a personas de determinado sexo como gestantes.

Con respecto a las personas que recurren a la gestación por sustitución transfronteriza para tener un hijo y que, por lo tanto, manifiestan su voluntad procreacional, en la regulación propuesta se les denomina “padres intencionales”. La elección de esta terminología obedece a la conveniencia de simplificar la letra de la norma y no pretende en modo alguno ignorar que los padres intencionales pueden ser una persona sola o una pareja ni que, cuando se trata de una pareja, las personas que la integran pueden ser del mismo sexo o de sexos distintos.

Finalmente, a la persona nacida como consecuencia de la gestación por sustitución se le denomina “niño” y no “menor”, dado que “niño” es el término empleado en la CDN, de la cual México es Estado parte. Además, se aclara que al utilizar la palabra “niño” se le toma de manera genérica, por lo que quedan comprendidos tanto varones como mujeres. Es decir, la mención “niño” no debe ser interpretada como una alusión exclusiva al niño varón, sino que también comprende a la niña, mujer.

2. *Competencia internacional directa*

En materia de competencia judicial, se considera conveniente diferenciar entre las controversias sobre la filiación del niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución transfronteriza y todas las demás controversias surgidas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza, por incumplimiento total o parcial de prestaciones que las partes se han obligado voluntariamente a cumplir.

A. *Controversias relativas a la filiación*

Los criterios de atribución de competencia establecidos en el artículo 1o. se refieren a las controversias sobre la filiación en materia de gestación por sustitución transfronteriza. Durante la discusión previa a la redacción de la norma, fueron planteados y valorados diversos posibles foros, entre los cuales se encuentran el lugar de celebración del contrato de gestación por sustitución, el Estado del cual es nacional el niño, el Estado de nacionalidad de los padres intencionales, el lugar del nacimiento del menor, el lugar de residencia habitual del niño, el lugar de residencia habitual de la persona gestante y el lugar de residencia habitual de los padres intencionales.

El lugar de celebración del contrato no fue considerado como un foro lo suficientemente fuerte para ser incluido en la norma, toda vez que dicho lugar puede resultar meramente accidental.

Tampoco fueron vistos como apropiados los foros basados en la nacionalidad, ni del niño ni de los padres intencionales. Ello se debe a que, desde la perspectiva del derecho internacional privado mexicano, que acoge el domicilio como criterio atributivo de jurisdicción en materia de acciones personales, la nacionalidad sería un criterio exorbitante. Adicionalmente, la nacionalidad del niño puede depender de la filiación que se intenta establecer en esta controversia y la nacionalidad de los padres intencionales podría no ser coincidente.

Por otro lado, se destacó que el lugar del nacimiento del niño normalmente coincide con el lugar de residencia habitual de la persona gestante, pero no necesariamente es así en todos los casos, pues puede suceder que la persona gestante se traslade o sea trasladada del lugar de su residencia habitual a otro lugar para dar a luz allí. Así, por ejemplo, si la persona gestante y los padres intencionales residieran en el mismo país, ella podría ser trasladada al exterior para que el nacimiento del niño ocurra en un lugar cuya ley permita la gestación por sustitución, incluso a los extranjeros. Por ello, se resolvió incluir el lugar de nacimiento del niño como un foro posible.

En cuanto a la introducción del lugar de residencia habitual del niño como criterio de atribución de competencia, no se le estimó adecuado. La temporalidad mínima —seis meses— exigida por la legislación civil —artículo 29 del Código Civil Federal— para considerar que una persona reside habitualmente en determinado lugar y que tiene la intención de residir allí difícilmente podría verificarse con respecto a un recién nacido. Entonces, su residencia habitual será la de los padres. Pero, justamente, en el momento en el que se entabla un litigio sobre su filiación aún se desconoce quiénes son sus padres. Por consiguiente, si se acogiera la residencia habitual del niño, al menos para controversias planteadas durante sus primeros meses de vida, se caería en un círculo vicioso. En este sentido, se consideró que lo más apropiado sería tomar en cuenta la residencia habitual de la persona gestante o de los padres intencionales.

En efecto, los foros que parecieran ser los más naturales o cotidianos son el lugar de residencia habitual de la persona gestante y el lugar de residencia habitual de los padres intencionales: el primero, porque normalmente es donde la persona gestante da a luz, y el segundo, porque es el lugar donde se supone que el niño, una vez nacido, residirá con su familia.

Tomando todo esto en consideración, con la intención de no restringir la posibilidad de demandar en un foro único y de facilitar el acceso a la justicia,

el artículo 1o. propuesto contempla como foros alternativos los siguientes: el lugar de nacimiento del niño, el lugar de residencia habitual de la persona gestante y el lugar de residencia habitual de los padres intencionales. La norma atribuye a la parte actora la facultad de elegir en cuál de los foros alternativos podrá entablar la demanda.

B. *Controversias relativas al contrato de gestación por sustitución transfronteriza*

En una norma aparte —el artículo 2o. de la regulación propuesta— se establece una serie de foros alternativos para el conocimiento y la resolución de controversias de incumplimiento contractual. Se trata de todas aquellas que puedan surgir debido a que una de las partes incumple total o parcialmente las obligaciones que asumió en su carácter de parte del contrato de gestación por sustitución transfronteriza. Ejemplos de ello serían cuando, a pesar de haber dado su consentimiento informado, la persona que se obligó a gestar cambiara de parecer y no permitiera la inseminación artificial, o cuando, habiéndose obligado a pagar una suma de dinero a la persona gestante a título de compensación económica —excediendo los gastos directamente ligados al embarazo y al parto—, los padres intencionales no le entregaran el monto pactado.

Con respecto a los criterios de atribución de competencia directa, se decidió no incluir los acuerdos de elección de foro, y en su lugar se optó por un menú de conexiones rígidas entre las cuales le corresponde a la parte actora la facultad de seleccionar la que prefiera, al momento de entablar la demanda. Es así que en el artículo 2o. de la regulación propuesta se contemplan los foros tradicionales del lugar de celebración del contrato y el del lugar de cumplimiento o ejecución del mismo, a los cuales se les añaden el del lugar de residencia habitual de la persona gestante y el del lugar de residencia habitual de los padres intencionales. Tales foros, al igual que en el artículo 1o., operan de manera alternativa, a opción de la parte actora. Nuevamente, al ofrecérsele a la parte actora un abanico de opciones, se busca facilitar el acceso a la justicia.

3. *Derecho aplicable*

Con relación a la determinación del derecho aplicable, se estima conveniente diferenciar, por un lado, la filiación —que incluye tanto la maternidad

como la paternidad— y, por otro, el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza, que —claro está— tienen su contracara en derechos de la contraparte.

A. *La filiación*

Para determinar el derecho aplicable a la filiación del niño nacido como consecuencia de la gestación por sustitución transfronteriza, se propone en el artículo 3o. una norma de conflicto especial. Se consideró que los puntos de conexión que presentan una mayor proximidad con el asunto son el lugar de nacimiento del niño y el lugar de residencia habitual de la persona gestante. Se optó por no incluir el lugar de residencia habitual de los padres intencionales.

Al discutir cuál debía ser el contenido de esta norma conflictual, se tuvo en cuenta que, si bien en la mayoría de los casos de gestación por sustitución transfronteriza se verifica una coincidencia entre el lugar donde quien gesta reside habitualmente y el lugar donde esa persona da a luz, también es posible —y ha sucedido— que no coincidan. Es por eso que el artículo 3o. de la regulación propuesta contiene ambos puntos de conexión presentados de manera alternativa.

Cuando haya que determinar la filiación en un caso concreto de gestación por sustitución transfronteriza en el que el niño haya nacido en un país, pero la persona gestante resida en otro, el derecho aplicable será el de uno u otro de estos dos lugares: de entre ellos, se aplicará el que resultare más benéfico al interés superior del niño. Evidentemente, la elección entre uno y otro, orientada por el principio fundamental del interés superior del niño, la llevará a cabo el juez competente.

B. *Las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza*

A fin de determinar el derecho aplicable a las controversias surgidas por el incumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza, se tuvo en cuenta que, aunque no siempre sucede de este modo, existen casos en los que la persona gestante resultó perjudicada. En consecuencia, se optó por proponer una norma de conflicto materialmente orientada para proteger a quien se obliga a gestar.

Se consideró que un requisito básico que cualquier derecho que aspire a ser aplicable debe cubrir es el de tener una vinculación con el caso. Nótese

que no se exige un grado específico de proximidad —como vínculos estrechos o los vínculos más estrechos—. De conformidad con el artículo 4o. de la regulación propuesta, entre todos los derechos conectados con el caso a resolver, el juez deberá aplicar, al cumplimiento de una obligación derivada del contrato de gestación por sustitución, aquel que, a su criterio, más beneficie a la persona gestante. Así, por ejemplo, en controversias de responsabilidad civil contractual por ausencia de pago de gastos médicos, el derecho aplicable será el que más beneficie a la persona gestante. Lo mismo sucedería en cuanto a la responsabilidad de la persona gestante —más allá de la del médico— si se produjera un aborto.

Cabe formular dos aclaraciones importantes con respecto al ámbito de aplicación material de la norma propuesta como artículo 4o. Dado que sólo se aplica en las “controversias relativas al cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de gestación por sustitución transfronteriza”, por un lado, no cubre las obligaciones que la ley atribuye a la persona que tiene la calidad de padre o de madre de un niño. De manera que, por ejemplo, las obligaciones alimentarias quedan excluidas del ámbito de aplicación de esta norma y se rigen por las normas de fuente internacional y de fuente interna vigentes en México para tal materia. Por otro lado, también quedan fuera del ámbito de aplicación del artículo 4o. otras cuestiones, como la validez del consentimiento, la forma del contrato o la capacidad de las partes para contratar. Tales cuestiones continuarán siendo regidas por las normas de derecho internacional privado mexicano que las contemplan.

4. *Reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero en casos de gestación por sustitución transfronteriza*

Uno de los problemas más acuciantes en los casos de gestación por sustitución transfronteriza es la falta de unidad y de continuidad de la filiación de los niños nacidos en estas circunstancias. En efecto, la práctica internacional abunda en ejemplos de niños nacidos de una persona gestante en un Estado diferente de aquel donde residen sus padres intencionales y que, cuando ellos retornan con el niño al país donde la familia vivirá —Estado de recepción o de destino—, se enfrentan con la negativa de las autoridades a reconocer el vínculo filial legalmente establecido en el extranjero, que los une con su hijo.

El documento que acredita la relación de filiación entre el niño y los padres intencionales puede ser una sentencia pronunciada por un juez o algún otro tipo de documento emitido por una autoridad, como un acta de

nacimiento. Es con respecto a esos documentos que se plantea la posibilidad de reconocerles validez y permitir que produzcan efectos en el Estado de recepción o, por el contrario, de negarse a reconocerlos, impidiendo así que sus efectos se desplieguen en el territorio de dicho Estado.

Para los supuestos en los cuales México es el Estado de recepción del niño y su familia, el artículo 5o. de la regulación propuesta ordena directamente reconocer la validez tanto de las sentencias extranjeras como de los documentos públicos extranjeros que acrediten la filiación, “tomando como consideración primordial el interés superior del niño”. En otros términos, el único resquicio que le queda a la autoridad mexicana para denegar el reconocimiento se dará en aquellos casos en los cuales reconocer la sentencia o el documento público extranjero vulneraría el interés superior del niño. La regla general consiste en que se debe reconocer. Además, sin perjuicio de las características singulares de cada caso concreto, es altamente probable que el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero responda, justamente, al interés superior del niño.