

La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado

Maria Mercedes **ALBORNOZ**

Editora



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas
Centro de Investigación y Docencia Económicas



LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, Núm. 895

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Cristopher Raúl Martínez Santana
Cuidado de la edición y formación en computadora

Mauricio Ortega Garduño
Elaboración de portada

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO Y COMPARADO

MARÍA MERCEDES ALBORNOZ

Editora



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
CENTRO DE INVESTIGACIÓN Y DOCENCIA ECONÓMICAS
México, 2020

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 3 de julio de 2020

DR © 2020. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

DR © 2020. Centro de Investigación y Docencia Económicas, A. C.
Carretera México Toluca 3655, 01210 Ciudad de México
www.cide.edu TW @LibrosCide
editorial@cide.edu
Tel. (55) 5727 9800

Impreso y hecho en México

ISBN UNAM: 978-607-30-3329-9
ISBN CIDE: 978-607-8508-79-2

CONTENIDO

Lista de siglas	XI
Prólogo	XIII
Eleonora LAMM	
Introducción	XIX
María Mercedes ALBORNOZ	

PRIMERA PARTE

ASPECTOS GENERALES DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

Aproximación a la gestación por sustitución	3
María Mercedes ALBORNOZ	
Mónica María Antonieta VELARDE MÉNDEZ	

CAPÍTULO SEGUNDO

El debate de derechos humanos en el abordaje de la gestación por sustitución	31
Ximena María MEDELLÍN URQUIAGA	

CAPÍTULO TERCERO

Cuestiones controvertidas en torno a la gestación por sustitución.	55
Isabel FULDA GRAUE	
Rebeca RAMOS DUARTE	
Regina TAMÉS NORIEGA	

CAPÍTULO CUARTO

- Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella 73
 María Mercedes ALBORNOZ

CAPÍTULO QUINTO

- Herramientas del derecho internacional privado para la gestación por sustitución 93
 María Mercedes ALBORNOZ

SEGUNDA PARTE

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
 EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO SEXTO

- Estados que permiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica. 123
 Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

CAPÍTULO SÉPTIMO

- Estados cuya legislación permite la gestación por sustitución, sólo si es altruista 143
 Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

CAPÍTULO OCTAVO

- Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución 169
 Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

CAPÍTULO NOVENO

- Estados cuya legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución 193
 Federico Pablo NOTRICA

CAPÍTULO DÉCIMO

Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre gestación por sustitución	217
Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS	

TERCERA PARTE

LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano	239
Rosa Elvira VARGAS BACA	

CAPÍTULO DECIMOSEGUNDO

Derecho internacional privado mexicano aplicable a la gestación por sustitución	261
Rosa Elvira VARGAS BACA	

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

Otras normas que inciden en la gestación por sustitución en México . .	281
Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ	

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

La práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México	299
María Virginia AGUILAR	

CUARTA PARTE

DE CARA AL FUTURO

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

La labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución	319
Nieve RUBAJA	

CAPÍTULO DECIMOSEXTO

Propuesta para la regulación de la gestación por sustitución transfron- teriza en el derecho internacional privado mexicano	345
María Virginia AGUILAR	
María Mercedes ALBORNOZ	
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
Eli RODRÍGUEZ MARTÍNEZ	
Rosa Elvira VARGAS BACA	
Acerca de los autores	355

LISTA DE SIGLAS

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CDN	Convención sobre los Derechos del Niño
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CoIDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
GIRE	Grupo de Información en Reproducción Elegida
HCCH	Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (Hague Conference on Private International Law)
ISS	Servicio Social Internacional (International Social Service)
LGDNNA	Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes
LGS	Ley General de Salud
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación (de México)
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TRHA	Técnicas de reproducción humana asistida

PRÓLOGO

Tengo el honor y la enorme satisfacción de haber sido invitada a realizar el prólogo de este libro, intitulado *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, editado por María Mercedes Albornoz, que aborda un tema que me apasiona.

La gestación por sustitución ha motivado mi investigación desde hace ya más de una década, y de todo lo que leí, en todo este tiempo de indagación y búsqueda de respuestas, en lo que hace a los aspectos de derecho internacional privado, este libro satisface todas las expectativas.

H. L. Mencken sostiene que “Para cada problema complejo existe una respuesta que es simple, pura y equivocada”. Pretender dar respuestas simples en materia de gestación por sustitución es buscar una respuesta equivocada, de allí que este libro indague profundamente en las cuestiones más difíciles que plantea la figura, como son, entre otras, los conflictos de la gestación por sustitución transfronteriza.

El libro es fruto de una ardua labor de coordinación y el resultado de reuniones y sumatorias de esfuerzos, en las que se involucró y fue sumando a diferentes personas de distintos países. Como se dice, se trata de una construcción colectiva, impulsada por Albornoz, quien ha realizado una descripción de esta obra en la introducción, que detalla sus partes y contenidos, por lo que en este prólogo me abocaré a destacar aquellos aspectos que entiendo cruciales hoy en un análisis de la gestación por sustitución, y que este libro analiza de manera pormenorizada.

El libro comprende un análisis legislativo, doctrinario y también jurisdiccional, realizando un estudio en profundidad y en modo comparativo de las diferentes legislaciones, así como de las decisiones judiciales adoptadas en la materia, dando cuenta de sus aciertos y desaciertos, y volviendo a destacar así la complejidad de la gestación por sustitución.

Esta obra también avanza en propuestas sumamente interesantes y útiles, que hace tiempo pregonamos, como el modelo que propone Ximena María Medellín, en el que la

...intervención estatal tenga por objeto primordial la garantía del libre ejercicio de los derechos de las personas involucradas en un proceso de gestación por sustitución, que debería establecer todo el diseño normativo, institucional

y de política pública necesario para asegurar que cada persona pueda participar en estos acuerdos de manera libre e informada... en el cual el reconocimiento de las disparidades sociales que pueden afectar el libre ejercicio de derechos sirva como base para diseñar las intervenciones estatales dirigidas y adecuadas que reviertan, atajen o mitiguen los riesgos, sin menoscabar el reconocimiento de la autonomía individual.

Se trata, además, de un libro valioso porque, aunque su foco está puesto principalmente en México y su realidad, en especial en sus partes tercera y cuarta —hay un capítulo sobre la regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano y otro sobre el derecho internacional privado mexicano aplicable a la misma, ambos elaborados con el enorme rigor científico de Rosa Elvira Vargas; también existe otro capítulo acerca de otras normas que inciden en la gestación por sustitución en México, escrito por Francisco López González, y hay un cuarto capítulo que aborda lo relacionado a la práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México, de María Virginia Aguilar—, lo cierto es que realiza un análisis exhaustivo y actualizado del derecho comparado y esto es fundamental en una materia que está constantemente evolucionando. En efecto, las posturas legislativas de los países varían y los panoramas internacionales se modifican con frecuencia.

Por tal motivo, la segunda parte de la obra cuenta con cinco capítulos. El primero analiza los Estados cuya legislación permite la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica, en el que Rosa Verónica Esparza analiza la situación de Georgia, Israel, Rusia, Ucrania y algunos estados de los Estados Unidos de América. El segundo, los Estados cuya legislación la permite, sólo si es altruista, en el que la misma autora estudia la situación de los Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con un régimen uniforme y sólo se permite si es altruista —Reino Unido, Grecia, Nueva Zelanda, Sudáfrica, Portugal, Uruguay—; los Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con marcos diferentes en cada entidad federativa y sólo se permite si es altruista —Australia, Canadá, Estados Unidos de América (algunos estados)—, y los Estados que ya no permiten la gestación por sustitución onerosa y sólo admiten la altruista —India, Tailandia, Nepal, Camboya—. El tercero, los Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución, en el que Nuria González Martín analiza la situación de España, Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y algunos estados de los Estados Unidos de América. El cuarto, reservado a Estados cuya legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución, en el que Federico Notrica analiza la situación de Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú. Una información

adicional de este apartado está en su capítulo final, en el que Cristina González Beilfuss se dedica a analizar profundamente la jurisprudencia del TEDH en la materia, que, en estos tiempos, deviene de un fundamental estudio, no sólo para tener en cuenta sus avances, sino también para criticar y aprender de sus retrocesos.

Otra razón por la que entiendo que este libro es indispensable —algo ya adelanté— es porque analiza con calidad y rigor técnico uno de los aspectos más complejos que encierra la gestación por sustitución y que, a su vez, es uno de los principales problemas que entiendo hoy aquejan a esa figura: los conflictos de derecho internacional privado ante la gestación por sustitución transfronteriza. Como sostiene Mercedes Albornoz:

...los conflictos de Derecho Internacional Privado en materia de gestación por sustitución se reducirían y sería más simple resolverlos si existiera un marco jurídico internacional uniforme para el tema o si, por lo menos, las legislaciones estatales estuvieran armonizadas. No obstante, aún no sucede ni lo uno ni lo otro. Esta situación plantea desafíos para los Estados y su población, especialmente para la comunidad jurídica y para las personas directamente involucradas en el empleo de diversas TRHA.

Este análisis está sustentado en la calidad de quien edita la obra y de las personas participantes que integran a la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip), a cuyo grupo se le unieron referentes de otros países para ampliar la perspectiva y el abordaje.

A ello se le suma el valioso capítulo elaborado por Nieve Rubaja sobre la labor de foros internacionales en materia de gestación por sustitución. Este capítulo marca el futuro y, por haber sido Rubaja parte de estos trabajos, cuenta las discusiones desde adentro o, como se dice en mi país, “la cocina” de los avances en la temática.

Para finalizar, la parte culminante de este libro viene a ser su último capítulo, en el que se formula una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza para el derecho internacional privado mexicano y se le analiza y desmenuza, justificando cada supuesto. De esta manera, el libro no se queda en el análisis, sino que va a la acción, lo que multiplica su utilidad al proponer una regulación. Con ello sostiene la premisa que hace años defendemos, según la cual la mejor respuesta ante la gestación por sustitución es un marco legal que la contemple.

En un mundo como el de hoy, en el que las fronteras pueden ser “duras”, pero cada vez más cercanas, la gestación por sustitución se presenta como una alternativa para ejercer el derecho a formar una familia, cualquiera que sean las legislaciones de los países, y esto genera serios con-

flictos. El turismo reproductivo es cada vez más frecuente y las tecnologías reproductivas, sumadas al deseo de maternidad y/o paternidad, hacen que las personas, muchas veces sin medir consecuencias o sin conocerlas, se embarquen en estos procesos, y el derecho debe responder porque, aunque no haya ley específica, éste siempre responde.

Este libro permite conocer la problemática, así como las opciones, no sólo para los juristas, sino también para aquellas personas que desean acudir a la gestación por sustitución. Así, esta obra muestra el abanico de posibilidades, poniendo sobre la mesa las dificultades e inconvenientes, así como los problemas que pueden presentarse. Pero no se queda allí, sino que brinda soluciones, proponiendo al respecto alternativas para que todo esto que genera problemas deje de existir. Y éste es, para mí, el mayor aporte: poner sobre la mesa, con claridad rotunda, que los problemas se presentan por la falta de marcos legales que comprendan todos los aspectos en juego. Sostener esto en un contexto complejo no es menor. Defender una regulación seria de la gestación por sustitución ante contextos muchas veces adversos deviene hoy indispensable.

Este libro fortalece mi convencimiento de que una debida regulación no implica sólo permitir la gestación por sustitución con todas sus consecuencias, sino también avanzar o retroceder en el reconocimiento de derechos, libertades, autonomías y cuerpos.

De los pronunciamientos internacionales adversos resulta cada vez más explícito y claro que, cuando se está defendiendo la admisión y regulación de la gestación por sustitución por parte del ordenamiento jurídico, las resistencias que esta posibilidad despierta tienen que ver con los roles y estereotipos de género que durante siglos se han ido construyendo en nuestra sociedad, y que el derecho también ha perpetuado y contribuido a configurar.

Tal como sostienen Isabel Fulda, Rebeca Ramos y Regina Tamés:

La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida cuestionable por su relación con estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, así como por el mensaje que envía por parte del Estado acerca de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida privada, sino que ha probado ser inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes relacionados con la práctica. En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres y los niños nacidos de estos acuerdos, favorece su persecución y la aparición de nuevos patrones de abuso.

La gestación por sustitución contribuye a dismantelar estas construcciones, no sólo en cuanto a que rompe con el binario y sus derivaciones “clá-

sicas” —el derecho se construyó sobre la base de que quien daba a luz era la madre que había quedado embarazada por el padre y nada de esto sucede en un caso de gestación por sustitución—, sino también y en especial porque modifica radicalmente el rol y las asunciones hechas respecto de la maternidad, hasta el punto de que en muchos supuestos, incluso, la elimina: aunque una mujer geste y dé a luz, igualmente puede no haber madre, sino, por ejemplo, dos padres o un solo padre. Esto también nos lleva a cuestionarnos qué es, en definitiva, ser madre si ya no pasa por gestar, parir, cuidar o aportar óvulos, e incluso puede que ésta no exista, aunque alguien realice todo lo descrito de manera previa. Se trata obviamente y hoy más que nunca de construcciones políticas fundadas en bases culturales.

La gestación por sustitución es una muestra evidente y cada vez más frecuente de que aquello que entendíamos por maternidad ya no existe, y la caída de estos cimientos asustan y, por ende, generan resistencia. Cuestionar la maternidad “clásica” y entenderla sin roles posibles, predeterminados o genéricamente asumibles, es un quiebre antipatriarcal enorme si comprendemos que esa maternidad que se derrumba es la que ha facilitado la construcción y sostenimiento del patriarcado como sistema. De esta manera, la gestación por sustitución colabora en esas rupturas en pos de la libertad y la autonomía de las mujeres y personas gestantes.

De ahí que se tenga la necesidad más fuerte de regular la gestación por sustitución como un ejercicio de la autonomía reproductiva, con todos los efectos y aspectos pertinentes. Y esto es lo que con enorme solidez propone este libro.

Luis Villoro sostuvo:

...quien está preso en un estilo de pensar ideológico no tiene por qué aceptar que su creencia se deba a intereses particulares, porque él sólo ve razones. En realidad, si aceptara que su creencia es injustificada y sólo se sustenta en intereses, no podría menos que ponerla en duda. Por eso la crítica a la ideología no consiste en refutar las razones del ideólogo, sino en mostrar los intereses concretos que encubren.¹

Corramos el velo a la ideología, y leamos argumentación fundada. Ésta es mi invitación.

Eleonora LAMM

¹ Villoro, Luis, *Creer, saber, conocer*, 18a. ed., México, Siglo XXI editores, 2008, pp. 110 y 111.

INTRODUCCIÓN

Je voudrais que l'on cesse de nous stigmatiser, de parler de nous comme de pauvres victimes, de nous prévoir des destins horribles, bref, surtout de faire de la théorie sans regarder la réalité.

Valentina MENNESSON¹

La gestación por sustitución es una realidad que los desarrollos tecnológicos en el área de la reproducción humana asistida ponen al alcance de cada vez más personas y familias. Esta práctica, que existe en el plano interno en algunos Estados y que también se da en el plano transfronterizo, plantea desafíos para el derecho, cuyas normas pueden resultar inadecuadas para ofrecer respuestas que garanticen el respeto de los derechos de todos los sujetos intervinientes. Dado que la participación en un acuerdo de gestación por sustitución es voluntaria para la persona gestante y para los padres intencionales, pero no lo es para quien nace a raíz del mismo, debe atenderse especialmente a proteger al niño, velando por preservar su interés superior.

El tema abordado en la presente obra es muy complejo y reviste gran relevancia en la actualidad; además, es sumamente controvertido, pues han existido casos en los cuales se produjeron abusos, que no deben ser tolerados y cuya repetición precisa debe ser evitada.² Asimismo, considerando que México —en especial el estado de Tabasco— ha sido recientemente un paraíso de turismo reproductivo para parejas extranjeras residentes fuera del país, los problemas transfronterizos surgidos a raíz de esta situación requieren un estudio cuidadoso desde la perspectiva del derecho internacional privado, como el que se lleva a cabo en esta obra, la cual, por otra parte, no desdeña las cuestiones generales y de orden interno que la existencia de esta práctica provoca.

¹ *Moi, Valentina, née par GPA*, París, Michalon Éditeur, 2019, p. 108.

² Véase el informe de GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

A lo largo de este libro se estudia la gestación por sustitución utilizando información de punta para analizar sus implicaciones jurídicas. En este sentido, se ofrece un nutrido y actualizado panorama del estado de la cuestión en el mundo. Al efectuarse el estudio plasmado en estas páginas, se procuró alcanzar un alto grado de claridad, a fin de facilitar la comprensión de las distintas aristas de la problemática y de incitar a la reflexión acerca de las mismas.

En su sesión mensual de abril de 2017, la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip) convocó a un grupo de trabajo para el estudio de la problemática de la gestación por sustitución transfronteriza, incluyendo el seguimiento de los trabajos de la HCCH en la materia. Dicho grupo de estudio, conformado originalmente por miembros de la Amedip, comenzó a reunirse en mayo del mismo año y sesionó en la Escuela Libre de Derecho, y poco a poco fueron añadiéndose nuevos integrantes externos, dada la diversidad de rubros a abordar y a fin de aportar otras perspectivas al diálogo.

En este contexto, se sugirió reflejar el material de estudio reunido y las ideas debatidas en un producto académico. A principios de 2018, se diseñó el proyecto concreto del libro *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, extendiéndose una invitación a colaborar como autores o coautores de capítulos a los miembros de aquel grupo y también a otros expertos, tanto del propio México como de Argentina y España. Sin duda, esta circunstancia enriquece la obra y le confiere un tinte iberoamericano.

En diciembre de 2018, el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE) fue sede de un seminario en el que participaron física o virtualmente los autores de capítulos para discutir y obtener retroalimentación de las versiones preliminares. Posteriormente, en marzo de 2019 se llevó a cabo en la misma institución otro seminario, que contó con la participación de los coautores del capítulo decimosexto, todos ellos miembros de la Amedip y del grupo de estudio referido más arriba. El objetivo de este segundo seminario fue, a modo de ejercicio de culminación del trabajo conjunto, determinar el contenido de una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza para el derecho internacional privado mexicano, con la intención de que sirva de modelo a cada uno de los códigos civiles de los estados de la República mexicana.

La obra está organizada en cuatro partes. La primera de ellas se refiere a los aspectos generales de la gestación por sustitución, tanto interna como internacional. En este sentido, esta primera parte comienza con un capítulo de aproximación al tema, donde se establecen conceptos y se formulan precisiones terminológicas útiles para todo el libro. También se contemplan un

capítulo sobre el debate de derechos humanos en la gestación por sustitución y otro que presenta las cuestiones controvertidas en la materia. Adicionalmente, un capítulo se concentra en la gestación por sustitución transfronteriza y los problemas recurrentes en torno a ella, mientras que el último capítulo de esta primera parte examina las herramientas del derecho internacional privado para la gestación por sustitución.

La segunda parte de la obra está dedicada al examen de la gestación por sustitución en el derecho comparado y cuenta con cinco capítulos. Cada uno de los cuatro primeros corresponde a una de las siguientes categorías de Estados: 1) Estados cuya legislación permite la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica; 2) Estados cuya legislación la permite, sólo si es altruista; 3) Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución, y 4) Estados cuya legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución. Asimismo, el capítulo final de esta segunda parte estudia la jurisprudencia del TEDH en la materia, dada su relevancia en la Unión Europea y más allá. Cabe aclarar que esta clasificación de Estados se hace sólo a efecto de organizar la presentación y que debe tenerse en consideración que el contenido de la legislación y de la jurisprudencia es susceptible de variar constantemente.

La tercera parte del libro se enfoca en el tratamiento y la práctica del tema en México. Esta parte se compone de cuatro capítulos. El primero de ellos examina la regulación especial sustantiva, de fondo, en los sistemas jurídicos de las entidades federativas. El siguiente capítulo se concentra en la situación actual del derecho internacional privado mexicano y en las respuestas que éste brinda a los casos de gestación por sustitución transfronteriza. Pero también, además de las normas consideradas en esos dos primeros capítulos, hay otras vigentes en México que inciden en el tema. De ellas se ocupa el tercer capítulo de esta tercera parte, que las presenta y analiza. Adicionalmente, el último capítulo aborda el tema de la práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México, plasmando la perspectiva de una abogada litigante y aportando resoluciones recientes en la materia.

Para finalizar, la cuarta parte de la obra abre una ventana hacia el futuro. Dicha parte consta de dos capítulos. En el primero de ellos se estudia la labor de foros internacionales que han venido trabajando en materia de gestación y culmina con una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza en el derecho internacional privado mexicano. A modo de corolario, en el último capítulo del libro se formula una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza para el derecho internacional privado mexicano y, a su vez, se le comenta, explicando las

razones por las cuales se adopta cada una de las soluciones allí previstas. Se espera que los artículos que la conforman puedan ser incorporados a la legislación estatal cuando se introduzcan reformas sobre este tema para, de este modo, contribuir a una mejor protección de los derechos de los padres intencionales, de las personas gestantes y, por supuesto, de los niños nacidos a raíz de la gestación por sustitución transfronteriza.

María Mercedes ALBORNOZ

PRIMERA PARTE
ASPECTOS GENERALES DE LA GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN

CAPÍTULO PRIMERO

APROXIMACIÓN A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN*

María Mercedes ALBORNOZ
Mónica María Antonieta VELARDE MÉNDEZ

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Antecedentes.* III. *Concepto y modalidades de gestación por sustitución.* IV. *Precisiones terminológicas.* V. *Naturaleza jurídica.* VI. *Carácter interdisciplinario del tema.* VII. *Conclusiones.* VIII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica a la cual se recurre actualmente en distintos lugares del mundo. El tema es controvertido y presenta aristas susceptibles de ser analizadas bajo la lente de distintas disciplinas. Ha alcanzado visibilidad en la sociedad debido a ciertos conflictos surgidos en casos transfronterizos en los cuales una pareja se había desplazado al extranjero para tener allí un hijo a través de la gestación por sustitución y luego regresaba o intentaba regresar junto con el niño a su Estado de residencia, a fin de que la familia continuara viviendo allí. La prensa y las redes sociales se hicieron eco de estos conflictos que, adicionalmente, en muchas ocasiones iban de la mano del reconocimiento jurídico de familias que difieren del modelo tradicional, como las constituidas por parejas de personas del mismo sexo, quienes también pueden beneficiarse de la gestación subrogada mediante la aplicación de las TRHA.

En este capítulo se presentarán algunos antecedentes de la gestación por sustitución, para luego abordar el concepto y las modalidades que puede adoptar. Posteriormente, se hará una serie de precisiones terminológicas. A

* Las autoras agradecen a Fernanda Morales Arreola por su colaboración como asistente de investigación en este capítulo.

continuación, se presentarán diversas posturas acerca de la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución y se finalizará insistiendo en el carácter interdisciplinario del tema.

II. ANTECEDENTES

Eleonora Lamm señala que los primeros antecedentes de la gestación por sustitución ya eran mencionados en el Antiguo Testamento.¹ En efecto, en el Génesis son relatadas, por ejemplo, las historias de Sarah y Raquel, quienes no podían dar hijos a sus respectivos maridos. Por eso, cada una de ellas instó a su esposo a tener relaciones sexuales con una esclava y así lograron que nacieran sus hijos —Ismael, hijo de Sarah y Abraham,² y Dan, hijo de Raquel y Jacob—.³ Sin embargo, también hay quien considera que estas historias bíblicas no pueden ser tomadas como base de la figura actual, “pues en los pasajes de la Biblia siempre la que ha parido al niño ha sido su madre, además de que, según las costumbres de la época, una mujer estéril podía dar una sirvienta a su esposo y reconocer como propios a los hijos nacidos de esa unión”.⁴

Asimismo, han existido en la doctrina intentos de encontrar antecedentes de la gestación por sustitución en el derecho romano.⁵ Pero lo cierto es que, si se les compara a aquéllos con la problemática que el constante desarrollo de las TRHA genera actualmente, no se advierte semejanza.⁶

Una aproximación contemporánea al tema implica tomar en cuenta que el primer acuerdo de este tipo se llevó a cabo en 1976 en Michigan, Estados Unidos de América, mediante inseminación artificial —por lo tanto, utilizando material genético de la gestante—.⁷ Tal como lo refiere Lamm,⁸ la posibilidad de que la gestante no aportara sus óvulos surgió en 1978, cuando apareció la técnica de la fertilización *in vitro*.

¹ En este sentido, véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 19.

² Génesis, 16:1-4.

³ Génesis, 30:1-6.

⁴ Chiapero, Silvana María, *Maternidad subrogada. Esterilidad. Derecho a la procreación. Nuevas técnicas. Protección del embrión extracorpóreo. Filiación. El contrato de gestación por otro. Efectos de la nulidad. Presunción derivada del hecho del parto*, Buenos Aires, Astrea, 2012, p. 86.

⁵ Bazán, María Elena y Llaryora, Bibiana, “Maternidad subrogada, ¿existió en Roma?”, *Foro de Córdoba*, núm. 105, 2006, pp. 19-30.

⁶ En este sentido, véase Chiapero, Silvana María, *loc. cit.*

⁷ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 20.

⁸ *Idem.*

El primer caso de fertilización *in vitro* documentado como exitoso es el de *Louise Brown*, que tuvo lugar en Reino Unido. Como la señora Lesley Brown padecía bloqueos en ambas trompas de Falopio, se le practicó una extracción de óvulos y, con material genético de su esposo John, se generó en una probeta el embrión, que luego le fue transferido.⁹ Meses después, en julio de 1978, nació Louise Brown, quien fue el primer ser humano concebido fuera del cuerpo de su madre. Unos años más tarde, en 1983, se logró en Australia el embarazo de una mujer infértil, recurriéndose a la donación de óvulos.¹⁰

Otro caso relevante en la evolución de las TRHA, y especialmente en materia de gestación por sustitución, es el de *Baby M*, acaecido en Nueva Jersey, Estados Unidos de América,¹¹ que puso sobre la mesa serios problemas susceptibles de presentarse cuando las personas recurren a esta figura. Dado que la señora Elizabeth Stern no podía gestar, su esposo, el señor William Stern, celebró en 1985 un contrato con la señora Whitehead y su marido. Según lo acordado, esta última sería inseminada con material genético del señor Stern y, aportando sus óvulos, gestaría un bebé que, una vez nacido, entregaría al señor Stern, renunciando además a sus derechos de filiación con el objeto de que el niño pudiera ser adoptado por la señora Stern. A cambio del servicio prestado, la señora Whitehead percibiría un pago de 10,000 dólares estadounidenses.¹² Todas las gestiones relativas a la coordinación de la celebración del contrato estuvieron a cargo del Centro de Infertilidad de Nueva York, que recibió del señor Stern la suma de 7,500 dólares.¹³ El esposo de la señora Whitehead también fue parte del contrato y aceptó hacer todo lo que estuviera a su alcance para rebatir la presunción legal de que él era el padre del niño.

Tal como se acordó, la señora Whitehead fue inseminada con gametos del señor Stern, se embarazó y el 27 de marzo de 1986 dio a luz a una niña, pero posteriormente se negó a entregarla al señor Stern y huyó a Florida.¹⁴ Los Stern acudieron a la justicia y, luego de haber transitado por diversas instancias, el caso llegó a la Suprema Corte de Nueva Jersey. En su sentencia del 3 de febrero de 1988,¹⁵ dicha corte determinó que el contrato era nulo y

⁹ Kamel, Remah Moustafa, "Assisted Reproductive Technology After the Birth of Louise Brown", *Journal of Reproduction & Infertility*, vol. 14, núm. 3, 2013, p. 96.

¹⁰ *Ibidem*, p. 98.

¹¹ *In re Baby M*, 109 N.J. 396, 537 A. 2d. 1227, 1988 N.J. Lexis 1, 77 A.L.R. 4th 1 (N.J., Feb. 3, 1988), disponible en: <https://casetext.com/case/matter-of-baby-m-2>.

¹² *Idem*.

¹³ *Idem*.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ *Idem*.

que la señora Whitehead era la madre. Asimismo, se remitió el caso al tribunal familiar para que resolviera la cuestión de la custodia, atendiendo al interés superior de la niña. Al final, se decidió que el matrimonio Stern debía conservar la custodia, porque ello respondía al interés superior de Melissa, y se le confirió el derecho de visita a la señora Whitehead.

Las cuestiones que los tribunales enfrentaron en el *caso Baby M* incluyen el derecho de acceder a TRHA para procrear, a la validez del contrato de gestación por sustitución celebrado, así como el derecho a reclamar la paternidad o la maternidad del niño nacido a raíz de esta figura y la forma en que debe operar el interés superior del niño. Actualmente, los tribunales de Estados donde se lleva a cabo la gestación por sustitución y, en casos transfronterizos, los de los Estados de destino o recepción de la familia continúan enfrentándose a los mismos problemas, entre otros que también se relacionan con esta vía para procrear.

III. CONCEPTO Y MODALIDADES DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

El concepto y las modalidades de la gestación por sustitución están íntimamente relacionados entre sí. De hecho, la diversidad de modalidades dificulta la tarea de definir esta práctica sin dejar ninguna variante fuera de los contornos del concepto. A pesar de la incidencia recíproca que cada cuestión tiene en la otra, antes de presentar las modalidades que la gestación por sustitución puede adoptar, se comenzará por conceptualizar la figura.

1. *Concepto de gestación por sustitución*

La conceptualización de la gestación por sustitución va de la mano de la evolución que las TRHA han tenido a lo largo del tiempo y, en particular, desde la década de los setenta en adelante. Como se mencionó más arriba, se relaciona también con las diferentes modalidades que el acuerdo entre los sujetos intervinientes puede asumir.

Lamm señala que una de las primeras definiciones conocidas fue la propuesta por Coleman.¹⁶ Según este autor:

...la maternidad subrogada es una aplicación novel de la técnica de la inseminación artificial que resulta en el nacimiento de una criatura con un nexo bio-

¹⁶ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 22.

lógico unilateral a la pareja infértil. La gestante es una mujer fértil que conviene que, mediante contrato, se le insemine artificialmente con el semen de un hombre casado con otra mujer, gestar el niño y darle a luz o procrearlo. Una vez nacido el niño, la gestante o suplente renuncia su custodia a favor del padre biológico y, además, termina todos sus derechos de filiación sobre el niño para que la esposa del hombre con cuyo semen fue inseminada le adopte.¹⁷

Esta definición, que data de 1982 y que, examinada a la luz de los desarrollos del siglo XXI, resulta desactualizada en varios aspectos,¹⁸ tiene algunos méritos: por un lado, el de visibilizar y describir una práctica muy novedosa en materia de gestación, y, por otro lado, el considerarla como “una aplicación” de una TRHA y no como una TRHA en sí misma. No obstante, otras aristas del concepto de Coleman ya no serían apropiadas hoy; por ejemplo, la alusión expresa a la sola inseminación artificial, sumada a la exigencia implícita de que la gestante aporte sus gametos, o la necesidad de que los padres intencionales sean dos, que sean personas de distinto sexo y estén unidos entre sí en matrimonio, que la madre intencional sea infértil y que el padre intencional aporte sus gametos. Por último, tampoco sería adecuado en la actualidad que el contrato confiriera la custodia sólo al padre intencional varón y vinculado genéticamente con el niño sin contemplar a la madre intencional, y no dejándole a esta última otra alternativa para establecer un vínculo filial con el niño que la de adoptarlo.¹⁹

Si se toma en cuenta otra definición de principios del siglo actual, como la de Marina Pérez Monge, se advierte un importante salto cualitativo. Desde la perspectiva de esta autora, la gestación por sustitución es

...el contrato oneroso o gratuito, por el cual una mujer aporta únicamente la gestación, o también su óvulo, comprometiéndose a entregar el nacido a los padres intencionales (persona o pareja, casada o no), que podrán aportar o no sus gametos; en este último caso, los gametos procederán del donante (masculino y/o femenino).²⁰

Esta definición es, naturalmente, mucho más amplia y moderna que la de Coleman en varios sentidos. En primer lugar, es tecnológicamente neutra, en el sentido de que no se pronuncia por la utilización de ninguna

¹⁷ Coleman, Phyllis, “Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions”, *Tennessee Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1982, p. 75.

¹⁸ En este mismo sentido, véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 23.

¹⁹ De todos modos, se reconoce que, hoy en día, algunos sistemas jurídicos no ofrecen al padre intencional no relacionado genéticamente con el niño otra vía que la de la adopción.

²⁰ Pérez Monge, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002, p. 329.

TRHA específica, dejando así abierta la posibilidad de emplear diversas técnicas o, incluso, ninguna —si las partes estuvieran de acuerdo en tener relaciones sexuales—. En segundo lugar, en cuanto al material genético con el cual se gesta al niño, permite una amplia gama de variantes, eliminando la exigencia de que la mujer gestante aporte su óvulo. Así, los gametos podrían provenir de los padres intencionales, de la misma gestante o también de donantes. En tercer lugar, en cuanto al acceso de los padres intencionales a esta práctica, el mismo no está limitado a parejas del mismo sexo casadas: al abrírselo a una “persona o pareja, casada o no”, quedan comprendidos los individuos y las parejas —sin que su estado civil ni su identidad de género ni su orientación sexual sean relevantes—. En cuarto lugar, como derivación lógica de lo anterior, no se requiere que la madre intencional padezca infertilidad. En quinto lugar, la entrega del niño debe hacerse a los padres intencionales, lo que cubre a ambos, en el supuesto de que se trate de una pareja. Nótese que la definición de Pérez Monge indica que el contrato puede ser oneroso o gratuito, lo que abre la posibilidad de que las partes pacten que la mujer gestante reciba una contraprestación económica.

En una línea similar, que procura definir el concepto de manera amplia, se ubican también otros autores. De acuerdo con Ingrid Brena, se puede “definir la maternidad subrogada como un procedimiento mediante el cual una persona o una pareja encargan a una mujer la gestación de un niño, el cual será entregado a la pareja o persona que lo solicitó después de su nacimiento”.²¹ Según Laurence Brunet, es “una práctica en la que una mujer se queda embarazada con la intención de ceder un niño a otra persona al nacer”.²² Esta autora señala, además, que la intervención médica no es indispensable cuando quien se embaraza aporta su material genético, pero sí lo es en caso contrario.

En un esfuerzo aún más comprensivo, Eleonora Lamm entiende que la gestación por sustitución debe ser definida como “una forma de reproducción asistida, por medio de la cual una persona, denominada gestante, acuerda con otra persona, o con una pareja, denominadas comitente, gestar un embrión con el fin de que la persona nacida tenga vínculos jurídicos de filiación con la parte comitente”.²³

²¹ Brena, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 23, 2009, p. 143, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8967/11017>.

²² Brunet, Laurence *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013, p. 12, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).

²³ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

El compromiso de la gestante de entregar o ceder el niño a los padres intencionales constituye un elemento esencial que, si bien está presente en todas las definiciones retomadas en esta sección, es incorporado en la definición de Lamm de un modo más preciso. Efectivamente, se considera que el foco no debe estar puesto en la entrega del niño como tal, sino en la finalidad de que se establezcan vínculos jurídicos de filiación entre él y los padres intencionales. Otra característica positiva y novedosa de la definición que propone la autora argentina consiste en que se refiere a la gestante como persona, no como mujer. Esto es importante porque permitirá que también queden comprendidos en el concepto aquellos casos en los que una mujer que ha pasado por un proceso de reasignación de sexo por identidad de género mantiene su útero y gesta, así como aquellos en los cuales, gracias a los avances científicos en materia de trasplantes de útero, la persona gestante sea hombre.²⁴

El rescate de elementos valiosos de las definiciones presentadas, con la intención de construir un concepto lo suficientemente amplio como para abarcar todas las modalidades que serán explicadas a continuación, permite proponer la siguiente definición: la gestación por sustitución es un contrato —celebrado a título gratuito u oneroso— entre una persona gestante y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera geste un embrión, aportando o no sus gametos, y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales.

2. Modalidades de gestación por sustitución

La práctica de la gestación por sustitución implica la existencia de un acuerdo de voluntades de, por lo menos, dos personas y, generalmente, también la intervención de personal médico que utilice una de las TRHA disponibles. Es factible, como sucedió en el *caso Baby M*, que la gestante aporte su material genético o que éste pertenezca a otra mujer —sea ella la madre intencional o una donante de óvulos—. En cuanto a los gametos masculinos, pueden ser aportados por el padre intencional hombre, por uno de los padres intencionales hombres, así como por un donante. De esta manera, se abre la puerta a que los padres intencionales puedan ser una pareja de personas de diferente sexo o del mismo sexo, pero también puede darse el caso

²⁴ Sobre las múltiples posibilidades que abre y podría abrir el trasplante de útero, véase Alghrani, Amel, “Uterus Transplantation in and Beyond Cisgender Women: Revisiting Procreative Liberty in Light of Emerging Reproductive Technologies”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 5, núm. 2, 2018, pp. 301-328.

de que un hombre o una mujer quiera asumir la paternidad o la maternidad fuera de una relación de pareja.

Juntamente con la cuestión de si la persona gestante aporta material genético o no lo hace y de que puedan optar por acceder a la gestación por sustitución nuevos tipos de familias, hay otras dos cuestiones que tienen un reflejo en la configuración de las modalidades. Una de ellas consiste en el hecho de si se recurre o no a la donación de gametos y, en su caso, si se trata de gametos femeninos, masculinos o ambos. La otra cuestión es la de si, más allá del reembolso de gastos en los que incurre para cumplir lo acordado,²⁵ la persona gestante recibe una compensación económica.

Existen dos modalidades principales de la gestación por sustitución: la tradicional o total y la gestacional o parcial. Cada una de ellas admite ciertas variantes.

En la gestación por sustitución tradicional o total, la persona gestante lleva a cabo la gestación y también aporta sus propios gametos, por lo que tiene un vínculo genético con el niño gestado. El espermatozoide puede provenir del padre intencional hombre, de uno de los padres intencionales hombres o de un tercero donante. En el caso de los dos primeros supuestos, habrá un padre intencional vinculado genéticamente con el niño. Asimismo, si bien es cierto que generalmente se utiliza la técnica de la inseminación artificial, también se puede llegar al embarazo de la gestante, como lo señala Lamm, “en circunstancias informales, a través del sexo o la inseminación casera, con poca o ninguna participación del Estado o de los profesionales de la salud”.²⁶ A su vez, la gestación por sustitución tradicional podrá ser altruista u onerosa.

En la gestación por sustitución gestacional o parcial, en cambio, la persona gestante sólo lleva a cabo la gestación, pero no aporta sus gametos. Los gametos empleados provendrán, por un lado, de la madre intencional —en el supuesto de que haya una que esté en condiciones y desee hacerlo— o de una tercera donante²⁷ y, por otro lado, del padre intencional hombre, de uno de los padres intencionales hombres o de un tercero donante. En la gestación por sustitución gestacional se usa necesariamente la técnica de la fecundación *in vitro*. Se suele recurrir a esta modalidad cuando se busca evitar que la persona gestante tenga un vínculo genético con el niño. Así, por ejemplo, es la figura adecuada cuando el embrión se forma con material genético de

²⁵ Estos gastos no se limitan a los estrictamente médicos, por lo que pueden quedar comprendidos allí los gastos de ropa, alimentación, transporte, y otros en los que la persona gestante incurra a fin de llevar a buen término la gestación.

²⁶ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 28.

²⁷ *Idem.*

una pareja de padres intencionales de distinto sexo. Finalmente, al igual que la gestación por sustitución tradicional, la gestacional también puede ser altruista u onerosa.

La siguiente tabla permite apreciar las diferentes combinaciones posibles dentro de cada modalidad principal.

<i>Gestación por sustitución</i>	<i>Óvulo de la gestante</i>	<i>Óvulo de la madre intencional</i>	<i>Óvulo de donante</i>	<i>Espermatozoide del padre intencional</i>	<i>Espermatozoide de donante</i>	<i>Gestante recibe retribución económica</i>
Tradicional altruista	X			X		
Tradicional onerosa	X			X		X
Tradicional altruista	X				X	
Tradicional onerosa	X				X	X
Gestacional altruista		X		X		
Gestacional onerosa		X		X		X
Gestacional altruista		X			X	
Gestacional onerosa		X			X	X
Gestacional altruista			X	X		
Gestacional onerosa			X	X		X
Gestacional altruista			X		X	
Gestacional onerosa			X		X	X

FUENTE: elaboración propia.

IV. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS

Para hacer alusión al fenómeno de la gestación por sustitución, tanto en el derecho comparado como en la jurisprudencia y en las doctrinas nacional y

extranjera, se utiliza una serie de términos que conviene tener en cuenta aquí, pues requieren la formulación de ciertas precisiones. Igualmente, se harán algunas consideraciones acerca de la manera de denominar a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución. Esta sección permitirá identificar la terminología cuyo uso será preferido a lo largo de la presente obra, así como justificar tal preferencia.

1. *Denominación de la figura*

Si bien la expresión “maternidad subrogada” es una de las que goza de mayor difusión en los países de habla hispana para aludir a la “gestación por sustitución”, esta última cada vez se va abriendo más paso, y lo hace con firmeza. Pero estas denominaciones distan mucho de ser las únicas. En efecto, además de las expresiones “maternidad subrogada” y “gestación por sustitución”, el amplio abanico de términos empleados para referirse a la figura incluye, entre otros, los siguientes: maternidad sustituta o maternidad por sustitución; maternidad por encargo; maternidad de alquiler; alquiler —o renta— de vientre —o de útero— o vientre de alquiler; uso de útero; préstamo de útero; donación temporaria de útero; gestación por otro o gestación para otro; gestación subrogada; gestación sustituta.

En países anglosajones prevalece ampliamente el empleo de las expresiones *surrogate motherhood* o *surrogacy arrangement*. Asimismo, según la modalidad de la que se trate, se utilizan *substitute gestation* y *gestational surrogacy arrangement*. Por su parte, en Italia se usan *maternità surrogata*, *utero in affitto*, *gestazione surrogata*, *gestazione per altri*, mientras que en países francófonos predomina la expresión *gestation pour autrui* —ampliamente conocida por su sigla GPA—, aunque también se usan *maternité de substitution* y *prêt d’uterus*.

Es preciso buscar la expresión que más se ajuste a la realidad y que sea lo suficientemente amplia como para comprender todas las modalidades de la figura. Entre las denominaciones reportadas es posible identificar tres grupos.²⁸ Un primer grupo se concentra en el útero de la gestante y lo toma como objeto de contratos de distinto tipo: alquiler —o renta—, préstamo o donación temporaria. También cabe aquí la referencia al “útero subrogado”. Se entiende que estas expresiones no son adecuadas dado que pierden de vista la finalidad del acuerdo: la gestación. Nótese, igualmente, que estas

²⁸ Con esto no se quiere decir que no sea posible proponer otros criterios de agrupamiento o clasificación. De hecho, por ejemplo, se puede hacer una clasificación entre vocablos jurídicos —alquiler o préstamo—, biológicos —gestación o útero— y funcionales —sustitución, subrogación—, tal como lo propone Chiapero. Véase Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, p. 101.

expresiones —en especial “vientre de alquiler”— tienen una connotación despectiva.²⁹

El segundo grupo se focaliza en la maternidad y la califica como subrogada, sustituta, por sustitución, por encargo, de alquiler. Más allá de los calificativos empleados, se estima poco apropiado usar la denominación “maternidad”. En palabras de Eleonora Lamm:

...la gestante no es la madre, por lo que la palabra “maternidad” no es la adecuada. La maternidad engloba una realidad mucho más extensa que la gestación. Madre significa mucho más que matriz y que parto. El estado de madre es un proceso que se inicia desde antes de la fecundación del óvulo por el espermatozoide (etapa de querer ser madre) y se prolonga por mucho tiempo después del advenimiento del hijo (etapa de tener que ser madre).³⁰

Si se aceptara la referencia explícita a la “maternidad”, nuevamente se estaría perdiendo de vista la cuestión central del acuerdo entre las partes, que es la gestación.

El tercer grupo de denominaciones logra poner la mira en el aspecto esencial de la figura: la gestación. Por este motivo, se trata de expresiones más adecuadas a la realidad. Aquí se encuentran términos como “gestación por sustitución”, “gestación por otro”, “gestación para otro”, “gestación subrogada” e, inclusive, “gestación sustituta”.

Por último, se advierte que tanto la maternidad como la gestación son acompañadas por distintos calificativos: por sustitución, subrogada, por otro, para otro, sustituta. Tomándose como punto de partida el hecho de que, en sentido coloquial, la palabra “subrogar” significa “sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa”,³¹ se advierte que no es posible subrogar la maternidad.³² En todo caso, lo que podría subrogarse es la gestación.³³ En esta misma línea, se coincide con Lamm al preferir la expresión “gestación por sustitución” por entender que se adecua mejor a la realidad³⁴ que las otras denominaciones presentadas en este apartado. Asimismo, se considera que esta forma de designar la figura tiene el mérito de la neutralidad: el objeto del contrato es la gestación y, luego, le corresponderá al derecho

²⁹ Lamm indica que es erróneo “el vulgarismo «vientre de alquiler»; su matiz peyorativo es tan evidente como cuando en los 80 se hablaba de «bebé de probeta»”. Véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 26.

³⁰ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

³¹ Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, ed. del tricentenario, actualización 2018, disponible en: <https://dle.rae.es>.

³² Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 26.

³³ *Idem*.

³⁴ *Idem*.

aplicable determinar con respecto a quién o a quiénes se establece el vínculo jurídico de filiación.

En cuanto a las otras expresiones empleadas para calificar a la gestación, se entiende que la denominación ideal es “gestación por sustitución”, pero se consideran equivalentes “gestación por otro” y “gestación para otro”. Con respecto a la expresión “gestación subrogada”, en estricto sentido jurídico, cuando se recurre a la práctica estudiada, no se está ante una subrogación legal.³⁵ No obstante, se decide acoger también esta manera de denominarla, en atención a que la misma cuenta cada vez con mayor aceptación en el mundo jurídico hispanohablante³⁶ y a que la acepción coloquial del vocablo “subrogación” lo permite. Sin embargo, cabe tener presente que aquí el adjetivo “subrogada” es interpretado en sentido amplio, de acuerdo con el significado coloquial referido más arriba, de modo que la persona gestante sustituye —en cuanto a la gestación— a los padres de intención.

Finalmente, cabe aclarar que el término “gestación sustituta” se descarta como denominación general, ya que no es lo suficientemente comprensivo, pues sólo alude a la gestación por sustitución gestacional y deja fuera a la tradicional.

2. *Denominación de los sujetos intervinientes*

Con respecto a los sujetos que intervienen en la gestación por sustitución, se necesitan hacer algunas precisiones terminológicas que van en consonancia con lo expuesto en el apartado previo de esta misma sección.

Las partes del acuerdo o contrato genérico de gestación por sustitución —más allá de las modalidades propias de cada uno en concreto— son la persona gestante y los padres intencionales. Adicionalmente, aunque no es parte, el niño gestado y nacido como consecuencia de esta práctica también

³⁵ Contreras López afirma, con razón, que en la subrogación “la sustitución en la persona del acreedor original, se lleva a efecto de pleno derecho o por voluntad del legislador con motivo del pago de la deuda realizado por un tercero interesado jurídicamente en pagarla, a fin de que éste le cobre al deudor en su oportunidad”. Dicha autora sostiene que en el fenómeno estudiado —al que prefiere denominar “maternidad sustituta”— hay sustitución, pero no a título de subrogación, sino en virtud de un acuerdo de voluntades. Véase Contreras López, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional”, en Domínguez Martínez, José Alfredo y Sánchez Barroso, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM*, México, Porrúa, 2014, pp. 57 y 58, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/7.pdf>.

³⁶ Véase, por ejemplo, el informe de GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

debe ser considerado como un sujeto interviniente, ya que la protección de su interés superior resulta clave en esta materia.

Se considera que para denominar a la primera de las partes contratantes no es adecuado utilizar expresiones tales como “madre subrogada”, “madre portadora”, “madre de alquiler”, “madre por encargo” o “madre sustituta”. En cambio, se prefiere el término “gestante”, “persona gestante” o, si fuera el caso, “mujer gestante”. La aceptación de la denominación “persona gestante” tiene por finalidad la de reconocer y respetar la identidad de género de dicha persona, tomando en cuenta que se han presentado casos en que mujeres que pasaron por procesos de reasignación de sexo por identidad de género y que mantuvieron su útero pudieron gestar. A su vez, con el desarrollo de la ciencia y la tecnología modernas, se prevé que en un futuro se disemine la posibilidad de que los hombres reciban trasplantes de útero con la finalidad de realizar procesos de gestación en sus cuerpos. Tanto en un caso como en el otro, tales gestaciones podrían llegar a darse en el marco de acuerdos de gestación por sustitución.

Para aludir a la segunda parte contratante, hay quienes emplean denominaciones como “comitentes”, “solicitantes”, “padres intencionales” o “padres de intención”. No se considera apropiado referirse a ellos como “comitentes”, dado que no se está ante un contrato de comisión mercantil.³⁷ Tampoco se estima que el término “solicitantes” sea el más adecuado, pues sugiere la idea de solicitar algo a la autoridad, cuando lo que hay en realidad es un acuerdo de voluntades entre particulares. Se prefiere, en cambio, la expresión “padres intencionales” o, en su caso, “padres de intención”, ya que justamente se trata de las personas que tienen la voluntad de procrear recurriendo a la gestación por sustitución como vía. En efecto, son quienes manifiestan su voluntad procreacional. Como ya se señaló más arriba, los padres intencionales pueden ser una sola persona o una pareja. Si son pareja, ésta puede estar integrada por dos personas del mismo sexo o de distinto sexo.³⁸

Con respecto al niño gestado y nacido a raíz de la gestación por sustitución celebrada por adultos y cuyo interés superior debe ser protegido en todo momento, se prefiere denominarlo “niño”,³⁹ en lugar de “menor”, pues el primero es el que utiliza la CDN.

³⁷ Según el artículo 273 del Código de Comercio mexicano, “El mandato aplicado a actos concretos de comercio, se reputa comisión mercantil. Es comitente el que confiere comisión mercantil y comisionista el que la desempeña”.

³⁸ Siendo conscientes de esto y a fin de evitar repeticiones a lo largo de la obra, se acordó entre los autores utilizar la expresión “padres intencionales” para aludir indistintamente a hombres o mujeres y se indicará expresamente su sexo cuando el caso lo requiera.

³⁹ También se acordó entre los autores emplear el término “niño” para aludir indistintamente a niños o niñas y se indicará expresamente su sexo cuando ello sea necesario.

V. NATURALEZA JURÍDICA

¿Qué es la gestación por sustitución? ¿En qué consiste esta práctica? ¿De qué se trata dicha figura? La pregunta parece admitir diversas respuestas. En efecto, tan sólo una mirada a la doctrina iberoamericana permite encontrar una amplia gama de respuestas. Así, por ejemplo, se ha considerado que la gestación por sustitución es un “fenómeno social”,⁴⁰ un “supuesto especial de reproducción asistida”,⁴¹ un “procedimiento médico”⁴² o una “técnica de reproducción asistida”.⁴³ Pero también se ha estimado que es un “acuerdo”,⁴⁴ un “contrato”,⁴⁵ un “convenio”,⁴⁶ un “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”⁴⁷ o un “hecho jurídico complejo que debe ser amparado por el derecho a través de un acto jurídico normativo”.⁴⁸

Evidentemente, la gestación por sustitución constituye un fenómeno social que se presenta en la realidad actual y, por lo tanto, también puede ser considerada como una práctica. Ahora bien, tomarla como un mero pro-

⁴⁰ Vela Sánchez, Antonio José, “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7608, 11 de abril de 2011, p. 1. Cit. por Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

⁴¹ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012, p. 1.

⁴² “...la maternidad subrogada es un procedimiento médico, que necesita ser regulado por el derecho y requiere de un instrumento jurídico por medio del cual se garanticen derechos y obligaciones de todos los intervinientes, pero no necesariamente tiene que ser mediante un contrato”. Véase Cantoral Domínguez, Karla y Rodríguez Collado, Margarita del Carmen, “Maternidad subrogada”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 85.

⁴³ *Ibidem*, p. 89.

⁴⁴ Implícitamente, Lamm la considera un acuerdo al definirla como una forma de TRHA mediante la cual una persona “acuerda con otra persona” gestar un embrión. Véase Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 24.

⁴⁵ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, pp. 55-66. Chiapero también entiende que tiene naturaleza contractual, lo cual no impide que en ciertos ordenamientos jurídicos tal contrato sea nulo (Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. 103 y ss.). Asimismo, Albornoz y López consideran que surge de un contrato (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, p. 174, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>).

⁴⁶ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

⁴⁷ *Idem*.

⁴⁸ Pérez Fuentes, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 136.

cedimiento médico implicaría correr el riesgo de desconocer su dimensión jurídica. Por fortuna, no es éste el caso de Cantoral Domínguez y Rodríguez Collado, quienes, si bien la conciben como un procedimiento médico, inmediatamente señalan que requiere ser regulado por el derecho a fin de garantizar los derechos y las obligaciones de los intervinientes.⁴⁹

En cuanto a la cuestión de si la gestación por sustitución puede ser vista como una TRHA, se debe tener presente que éstas son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.⁵⁰ La definición se completa con una lista enunciativa —no limitativa— de ejemplos, en la cual se incluye la fecundación *in vitro*, así como la donación de ovocitos y embriones y el “útero subrogado”⁵¹ —queriéndose aludir, de esta manera inapropiada,⁵² a la gestación por sustitución—. No obstante, también hay quienes entienden que la gestación por sustitución no es una TRHA, sino “una práctica que involucra a otra persona en el proceso, que debe aceptar las consecuencias que puede conllevar someter su cuerpo al mismo”,⁵³ además de la mujer que accede a las TRHA para procrear. Asimismo, puede afirmarse que la gestación por sustitución conduce o habilita el uso de otras TRHA —por ejemplo, la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*—.⁵⁴

De cualquier modo, una vez que se ha identificado a la gestación por sustitución como práctica, fenómeno social, supuesto especial de reproducción asistida, procedimiento médico o, incluso, TRHA, es normal que se le intente encuadrar en alguna institución jurídica existente y que, eventualmente, se proponga una figura nueva, *sui generis*.

Como punto de partida, resulta incuestionable que la gestación por sustitución es un acuerdo de voluntades. Las partes de dicho acuerdo o convenio son, por un lado, la persona gestante y, por otro lado, una o más personas

⁴⁹ Cantoral Domínguez, Karla y Rodríguez Collado, Margarita del Carmen, *op. cit.*, p. 85.

⁵⁰ *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

⁵¹ *Idem*.

⁵² Véase el apartado 1 de la sección IV de este mismo capítulo.

⁵³ Marrades Puig, Ana, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017, p. 231.

⁵⁴ Vela Sánchez afirma que, en el convenio de gestación por sustitución, una mujer “consiente libremente en llevar a cabo la concepción —mediante técnicas de reproducción asistida— y gestación...”. Véase Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

llamadas padres intencionales.⁵⁵ Desde esta perspectiva, también podría ser considerado un contrato, fuente de derechos y obligaciones para las partes.

No obstante, la posible naturaleza jurídica contractual de la gestación por sustitución genera diversas preocupaciones y cuestionamientos, que tienden a coincidir con los que despierta la gestación por sustitución en sí misma.⁵⁶ ¿Se trata de la venta de un niño? ¿Propicia el tráfico y la explotación de niños? ¿Es lícito disponer contractualmente del cuerpo de la mujer o de una parte de él? ¿Vulnera el interés superior del niño? ¿Promueve la explotación de la gestante y de su probable estado de necesidad? ¿Afecta el libre ejercicio de los derechos reproductivos de la gestante? ¿Es un contrato nulo, de nulidad absoluta? ¿Corresponde dejar librados estos temas a la autonomía de la voluntad de los particulares? ¿O con estos temas está en juego el interés público y el Estado debería intervenir y, si fuera el caso, en qué medida?

Estas preocupaciones han llevado a algunos autores a negar la naturaleza contractual de la gestación por sustitución y proponer otras alternativas. Así, para Vela Sánchez se trata de un “negocio jurídico especial de Derecho de Familia”,⁵⁷ con lo cual se lograría destacar el carácter singular de este negocio dentro del sistema jurídico y su carácter de interés público, y se evitaría que se le considerara como un contrato cualquiera de derecho civil y se le sometiera al régimen general de nulidad de los contratos.⁵⁸ De manera similar, negando que la gestación por sustitución tenga naturaleza contractual, Pérez Fuentes ve en ella un hecho jurídico complejo —el cual puede estar compuesto por “actos de la vida privada, actos de la administración pública, actos legislativos, hechos naturales”⁵⁹ dirigidos a un mismo fin— “que debe ser amparado por el derecho a través de un acto jurídico normativo y no por cualquier manifestación contractual, donde una de las partes es explotada”.⁶⁰ La realización voluntaria de un acto por parte de un sujeto es suficiente para que se desencadenen los efectos que le atribuye el Estado a través de la ley.⁶¹

Desde otra perspectiva, en cambio, la gestación por sustitución podría —como se adelantó más arriba— ser considerada como un contrato de derecho civil, dado que las partes prestan su consentimiento y, asimismo, del

⁵⁵ La eventual intervención de otros sujetos, como agencias intermediarias, se plasma en otros instrumentos vinculados con este acuerdo, pero diferentes.

⁵⁶ Véanse los capítulos segundo y tercero de la presente obra.

⁵⁷ Vela Sánchez, Antonio José, *La maternidad...*, *cit.*, p. 74.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 75.

⁵⁹ Pérez Fuentes, Gisela María, *op. cit.*, p. 136.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Ibidem*, p. 135.

acuerdo celebrado entre ellas surgen derechos y obligaciones que son, en principio, exigibles jurídicamente.

Ahora bien, el contrato no debe constituir una venta de niño, pues ello vulneraría principios fundamentales consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos,⁶² así como en diversos cuerpos normativos internos de los Estados. Si, analizando un caso específico, una autoridad jurisdiccional concluyera que, en efecto, hubo una venta de niño, el contrato estaría viciado de nulidad absoluta.

Se entiende que el contrato tampoco debe ser visto como de arrendamiento de útero. El arrendamiento consiste en un contrato en virtud del cual una de las partes se obliga a conceder a la otra el uso o goce temporal de una cosa, y esta otra tiene la obligación de pagarle a la primera un precio cierto como contraprestación por ese uso o goce.⁶³ En primer lugar, el útero de la gestante no es una cosa —ni bien mueble ni inmueble— que esté en el comercio. En segundo lugar, el solo hecho de pensar en “trasladar el uso y/o goce de una cosa en posesión de persona distinta a la que la posee en su origen... resulta descabellado”⁶⁴ cuando de la matriz de la gestante se trata, al igual que la idea de devolver el objeto arrendado al término del contrato.⁶⁵ Estas complicaciones no harían más que agravarse si el contrato fuera total, es decir, si la gestante aportara también su material genético.

En cambio, la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución parece ajustarse más a la de un contrato de prestación de servicios.⁶⁶ Desde esta perspectiva, en virtud del contrato de gestación por sustitución, una parte se obliga a gestar un embrión —aportando o no su material genético— durante el periodo necesario para dar a luz a un niño que será hijo de la otra parte, y ésta, a su vez, se obliga a cubrir los gastos surgidos con motivo de la gestación, pudiendo agregarse —o no— una compensación económica para aquélla.

⁶² Véase la sección II del capítulo decimotercero de la presente obra.

⁶³ En este sentido, véase, por ejemplo, el artículo 2398 del Código Civil para el Distrito Federal, de México.

⁶⁴ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, p. 59.

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 61 y 62. Según Chiapero, la gestación por sustitución gestacional —a la que se refiere como “arrendamiento de útero”— puede ser calificada sin dificultad “como servicio”, ubicándola entre los contratos que tienen por objeto la prestación de un hecho positivo y no entre los que transmiten el uso o el dominio de una cosa. En cuanto a la modalidad tradicional, la considera como la venta del hijo futuro. De acuerdo con esta autora, ambas modalidades son manifiestamente ilícitas y afectadas de nulidad absoluta. Véase Chiapero, Silvana María, *op. cit.*, pp. 127-129.

Nótese que, desde esta perspectiva, el objeto principal del contrato de prestación de servicios gestacionales es una obligación de hacer que corresponde a la persona gestante: el servicio que ella debe prestar. Asimismo, se complementa, posteriormente, con una obligación de dar: entregar a los padres intencionales el producto del alumbramiento. López Contreras entiende que se está ante un contrato lícito referido a un hecho social con características particulares y que requiere regulación.⁶⁷ La autora defiende la licitud del contrato en México y lo hace en los siguientes términos:

Por lo tanto, el objeto del contrato de prestación de servicios de gestación, en primer lugar, no contraría las leyes de la naturaleza, y por lo mismo, es posible físicamente, y en segundo lugar, lo es también, jurídicamente, al no contrariar lo dispuesto en el Código Civil para el Distrito Federal, en la Ley General de Salud, en la Ley de Salud del Distrito Federal, y en el Código Penal para el Distrito Federal, en los que al respecto, no existe prohibición jurídica alguna para la celebración de un contrato de prestación de servicios gestacional, por lo que su regulación como tal es posible física y jurídicamente.⁶⁸

A modo de cierre de esta sección sobre la naturaleza jurídica, cabe apuntar que quizá, si la legislación de un sistema jurídico determinado estableciera un régimen adecuado para la figura de la gestación por sustitución, que lograra un equilibrio entre los derechos de las partes y la salvaguarda del interés público, podrían aproximarse las posturas que perciben a la gestación por sustitución como un negocio jurídico, como un acto jurídico normativo y como un contrato. Pues, más allá de opiniones puntuales sobre la naturaleza jurídica, en las diversas posturas que aquí fueron presentadas se encuentra subyacente la preocupación por garantizar la protección de los derechos de los sujetos intervinientes y, de manera muy particular, el interés superior del niño nacido a raíz de la gestación por sustitución.

VI. CARÁCTER INTERDISCIPLINARIO DEL TEMA

La presente obra aborda la gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica, pero es preciso tener en cuenta que el tema es netamente interdisciplinario. En efecto, este carácter se verifica tanto entre las diversas áreas del derecho como también con otras áreas del saber, fuera del ámbito jurídico,

⁶⁷ Contreras López, Raquel Sandra, *op. cit.*, p. 62.

⁶⁸ *Idem.*

por ejemplo, la medicina, la genética, la bioética, la sociología, la antropología y la psicología.

1. *Áreas del derecho*

En cuanto al ámbito jurídico, la gestación por sustitución se relaciona con diversas áreas o ramas del derecho interesadas en este fenómeno social como un todo o, al menos, en algunos de sus aspectos.

En la gestación por sustitución confluyen el derecho privado y el derecho público, así como los derechos interno —nacional o extranjero— e internacional. Aunque se trata de un tema netamente de derecho civil y de derecho de las familias, pues consiste en un acuerdo voluntariamente celebrado por particulares con la finalidad de ampliar una familia, el Estado que permite esta práctica debe garantizar que se lleve a cabo respetando los derechos humanos de todas las personas intervinientes.⁶⁹

La dimensión de derecho privado atañe, entre otros aspectos, a las condiciones de existencia y validez del acuerdo de gestación por sustitución, al establecimiento de la filiación del niño nacido en consecuencia y a su protección. De tales aspectos se ocupan el derecho civil y el derecho de las familias. El derecho internacional privado, por su parte, se preocupa por la continuidad del estatuto filial en situaciones transfronterizas y la protección del interés superior del niño, las cuales pueden ser atendidas a través de los diversos métodos con los que cuenta esta disciplina.⁷⁰

La dimensión de derecho público de la gestación por sustitución involucra los derechos humanos y, por lo tanto, le interesa al derecho internacional público y al derecho constitucional, pues las reglas fundamentales en esta área suelen estar consagradas en normas de fuente internacional, como los tratados internacionales, y en las Constituciones nacionales. Asimismo, el derecho administrativo puede tener un papel importante en la regulación de los requisitos que deban cumplir las clínicas —tanto públicas como privadas— en las que se lleven a cabo los procedimientos médicos necesarios, así como en el establecimiento de condiciones que deba reunir el personal de salud que intervenga. Adicionalmente, la gestación por sustitución transfronteriza le interesa al derecho migratorio, que será el que determine en qué condiciones, y según la nacionalidad del niño y de sus progenitores, todos ellos pueden salir de un Estado e ingresar a otro, de manera legal.

⁶⁹ Véase el capítulo segundo de la presente obra.

⁷⁰ Véanse los capítulos cuarto, quinto y decimosegundo.

2. *Disciplinas no jurídicas*

A. *Medicina y genética*

Las TRHA son medios desarrollados gracias a la investigación científica en el área de la genética, a través de los cuales se ha posibilitado que personas estériles o que no podían concebir se encuentren en condiciones de formar una familia. Como se ha visto más arriba, son “todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo”.⁷¹

Si bien existe la posibilidad de que la gestación por sustitución se lleve a cabo sin intervención médica —es decir, mediante relaciones sexuales—, casi siempre se recurre a las TRHA, que son implementadas por personal médico y auxiliares del sector salud. En efecto, en todos los casos —incluso cuando la concepción no haya sido realizada artificialmente— es trascendental la participación de personal médico en la procreación, en el seguimiento a la madre y al feto durante el embarazo, en el parto e inmediatamente después.

Entre las diversas TRHA cuya utilización es habitual en hospitales y en clínicas especializadas, se encuentran la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos y la transferencia intratubárica de embriones, la preservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y la donación de embriones.

B. *Bioética*

La gestación por sustitución le interesa a la bioética, en cuanto ésta se preocupa por la dignidad de las personas involucradas. Algunos casos en los que se han producido abusos generan alertas en torno a una posible mercantilización del cuerpo de la persona gestante y de sus órganos, así como de los niños nacidos a raíz de la gestación por sustitución y de la filiación. Considerar al cuerpo humano y a la persona como cosas y permitir que se comercie con ellas a cambio de una compensación pecuniaria, además de propiciar el tráfico de personas, pueden ser éticamente cuestionables. A ello se le añade el hecho de que, especialmente en contextos patriarcales de subordinación

⁷¹ *Glosario de terminología...*, cit.

de la mujer al varón,⁷² las personas gestantes tienden a ser mujeres pobres o vulnerables, que quedan expuestas a situaciones de explotación.⁷³

Por otro lado, el deseo de muchas personas de ampliar su familia mediante la procreación asistida y la reflexión acerca de sus posibles límites también entran dentro del objeto de estudio de la bioética.⁷⁴ Otro motivo de preocupación desde esta perspectiva es la actuación de agencias de intermediación, que ponen en contacto a los padres intencionales con las personas gestantes e intervienen durante el desarrollo de todo el proceso.

Aunque desde esta disciplina han surgido muchas voces en contra de la gestación por sustitución, se considera que el llamado de atención y la reflexión sobre la práctica, así como el reconocimiento de su existencia en la realidad actual, pueden orientar en la tarea de darle un encuadramiento jurídico apropiado que respete principios éticos mínimos.

C. Sociología y antropología

La gestación por sustitución y sus implicaciones son objeto de estudio de la sociología y la antropología. Entre las temáticas abordadas se encuentran las siguientes: el cambio de las estructuras familiares debido al acceso a esta práctica de personas solteras o de parejas de personas del mismo sexo;⁷⁵ la posibilidad de crear una visión negativa respecto de la mujer como “máquina de bebés” por la comercialización de la práctica;⁷⁶ el estigma social generado por quienes equiparan a la gestante con personas que ejercen la prostitución, por la similitud de la prestación de un servicio en virtud de un órgano privado de reproducción a cambio de una retribución económica;⁷⁷

⁷² López Guzmán, José y Aparisi Miralles, Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Madrid, vol. XXIII, núm. 78, 2012, p. 259, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.

⁷³ Wilkinson, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, Oxford, vol. 17, núm. 2, 2003, pp. 169-187, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00331>.

⁷⁴ Ramón Lucas Lucas entiende que los derechos reproductivos no pueden ejercerse libremente cuando están involucrados la vida de otro ser humano y su derecho a la identidad. Véase Lucas Lucas, Ramón, *Bioética para todos*, 4a. ed., México, Trillas, 2016, p. 2.

⁷⁵ Nebeling Petersen, Michael, “Becoming Gay Fathers through Transnational Commercial Surrogacy”, *Journal of Family Issues*, vol. 39, núm. 3, 2018, pp. 693-719.

⁷⁶ Corea, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Nueva York, Harper Collins, 1985, 374 p.

⁷⁷ Sera, Jean M., “Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis”, *Journal of Gender & the Law*, vol. 5, núm. 2, 1997, pp. 315-342, disponible en: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1241&context=jgspl&se>.

la polarización racial y de clases por la participación de personas de diferentes grupos étnicos y económicos;⁷⁸ la relación entre el altruismo y el trabajo reproductivo.⁷⁹

Es interesante observar que dentro de los movimientos feministas hay posturas tanto en contra como a favor de la gestación por sustitución. Simplificando al máximo un panorama complejo que admite muchos matices, las primeras ven en esta figura una forma de lucrar con la mujer y de tratarla como objeto, generando además una suerte de coerción económica de la mujer que cuenta con más recursos hacia la mujer que carece de ellos.⁸⁰ Las segundas, en cambio, adoptan una perspectiva más liberal que atiende a la autonomía reproductiva y a través de la cual se pugna por contar con una mejor regulación⁸¹ para proteger y garantizar los derechos reproductivos de todos los sujetos participantes.

D. *Psicología*

Se ha documentado que toda persona que gesta, inclusive si no proporciona su propio material genético, puede desarrollar una vinculación con el ser que porta en su cuerpo durante nueve meses o poco menos.⁸² Por lo tanto, se advierte la necesidad de que quien participa en una gestación por sustitución como gestante cuente con apoyo psicológico a lo largo de todo el proceso.

En efecto, la intervención de un profesional en esta materia es fundamental en la fase precontractual o previa al acuerdo de gestación por sustitución, para valorar si la persona que tiene la intención de gestar para otra es emocionalmente estable y si comprende con cabalidad las implicaciones del acto jurídico que está dispuesta a celebrar. Igualmente, es importante el acompañamiento terapéutico durante el proceso, no sólo para llevar el embarazo a buen término, sino también a fin de prepararse para entregar

⁷⁸ Allen, Anita L., “The Black Surrogate Mother”, *Harvard BlackLetter Journal*, vol. 8, 1991, pp. 17-31, disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1422/.

⁷⁹ Olavarría, María Eugenia, *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Gedisa, 2018, pp. 259-284.

⁸⁰ Palazzani, Laura, “Los valores femeninos en bioética”, en Aparisi Miralles, Ángela y Ballesteros Llompert, Jesús (coords.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2002, p. 68.

⁸¹ Sifris, Ronli, “Commercial Surrogacy and the Human Right to Autonomy”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 23, núm. 2, 2015, pp. 365-377.

⁸² Palacios Alonso, Marcelo, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986, pp. 153 y 154.

a los padres intencionales el niño o los niños que dé a luz. Asimismo, la asistencia psicológica la ayudará a sobreponerse ante cualquier eventualidad imprevista a la que la confronte la realidad, incluyendo no solamente cuestiones médicas, sino también las relaciones con su propia familia e hijos, además de las relaciones sociales con otras personas de su entorno social que pudieran manifestar ciertos prejuicios o reprobar su elección de participar en una gestación subrogada, tanto si lo hace de modo altruista como si percibe una retribución económica.

Un problema que puede presentarse en relación con la atención psicológica de la persona gestante es el conflicto de intereses susceptible de surgir cuando son los padres intencionales quienes pagan los honorarios del profesional en psicología. En tal caso, “no existe garantía real de que su apoyo será imparcial y profesional”.⁸³ Aquí se advierte lo trascendente que resulta contar con una regulación que garantice una asistencia psicológica para asistir y proteger a la persona gestante.

El apoyo psicológico también es una herramienta apropiada para el acompañamiento de los padres intencionales antes, durante y después de la gestación por sustitución. Tomar la decisión de embarcarse en un proceso de este tipo para tener un hijo requiere una profunda labor de reflexión y, en caso de que los padres intencionales sean una pareja, un diálogo que les permita asegurarse de que ambos están de acuerdo.

Durante el periodo en el cual se desarrolla el embarazo, tiene lugar el alumbramiento y se gestiona la documentación pertinente, la asistencia de los padres intencionales por parte de un psicólogo puede ser muy útil para sobrellevar eventuales contratiempos. Finalmente, una vez que el niño ya vive con sus padres y a medida que va creciendo, la ayuda profesional puede apuntalar la toma de decisiones en cuanto a la manera en la que se le haga conocer al niño su propia historia e identidad.

VII. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución, con las peculiaridades que puede tener en la actualidad, se ha desarrollado como una derivación de la evolución científica y la expansión de las TRHA en décadas recientes. Se propone definirla como un contrato, celebrado a título gratuito u oneroso, entre una persona gestante

⁸³ GIRE, *op. cit.*, p. 29. Tal como se señala en este informe de GIRE, el problema se extiende a todos los servicios que recibe la gestante —no solamente psicológicos, sino también médicos y legales—.

y otra persona o pareja de padres intencionales, a fin de que la primera, aportando o no sus gametos, geste un embrión y el niño nacido en consecuencia tenga vínculos jurídicos de filiación con el o los padres intencionales. En esta definición amplia quedan comprendidas las modalidades tradicional y gestacional con sus diversas variantes, según el carácter altruista u oneroso y según el origen de los gametos que conforman el embrión.

En cuanto a la terminología preferida, se considera apropiado denominar el fenómeno estudiado como “gestación por sustitución”, aunque también se admite el término “gestación subrogada”. Las partes del acuerdo son, por un lado, la persona gestante o, según el caso, la mujer gestante y, por otro lado, los padres intencionales o padres de intención.

Al analizar la cuestión de la naturaleza jurídica de la gestación por sustitución, se advierte que ésta parece ajustarse a la de un contrato de prestación de servicios. No obstante, existen también otras posturas que le niegan naturaleza contractual. Ante esta divergencia, se estima que las posturas que la perciben como un negocio jurídico, como un acto jurídico normativo y como un contrato podrían quizá llegar a aproximarse si la legislación de un sistema jurídico determinado estableciera un régimen adecuado para la figura, que lograra un equilibrio entre los derechos de las partes y la salvaguarda del interés público.

Por último, se recalca que la gestación por sustitución es un tema susceptible de ser estudiado desde la perspectiva de distintas disciplinas. Incluso dentro del derecho, les interesa a diversas áreas, varias de las cuales serán exploradas en los siguientes capítulos de esta obra.

VIII. 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: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ALGHRANI, Amel, “Uterus Transplantation in and Beyond Cisgender Women: Revisiting Procreative Liberty in Light of Emerging Reproductive Technologies”, *Journal of Law and the Biosciences*, vol. 5, núm. 2, 2018.
- ALLEN, Anita L., “The Black Surrogate Mother”, *Harvard BlackLetter Journal*, vol. 8, 1991, disponible en: https://scholarship.law.upenn.edu/faculty_scholarship/1422/.

- BAZÁN, María Elena y LLARYORA, Bibiana, “Maternidad subrogada, ¿existió en Roma?”, *Foro de Córdoba*, núm. 105, 2006.
- BRENA, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 23, 2009, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8967/11017>.
- BRUNET, Laurence *et al.*, *A Comparative Study on the Regime of Surrogacy in EU Member States*, Unión Europea, 2013, disponible en: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf).
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla y RODRÍGUEZ COLLADO, Margarita del Carmen, “Maternidad subrogada”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- CHIAPERO, Silvana María, *Maternidad subrogada. Esterilidad. Derecho a la procreación. Nuevas técnicas. Protección del embrión extracorpóreo. Filiación. El contrato de gestación por otro. Efectos de la nulidad. Presunción derivada del hecho del parto*, Buenos Aires, Astrea, 2012.
- COLEMAN, Phyllis, “Surrogate Motherhood: Analysis of the Problems and Suggestions for Solutions”, *Tennessee Law Review*, vol. 50, núm. 1, 1982.
- CONTRERAS LÓPEZ, Raquel Sandra, “La maternidad sustituta y el contrato de prestación de servicios gestacional”, en DOMÍNGUEZ MARTÍNEZ, José Alfredo y SÁNCHEZ BARROSO, José Antonio (coords.), *Homenaje al maestro José Barroso Figueroa por el Colegio de profesores de Derecho Civil Facultad de Derecho-UNAM*, México, Porrúa, 2014, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3835/7.pdf>.
- COREA, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Nueva York, Harper Collins, 1985.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.
- KAMEL, Remah Moustafa, “Assisted Reproductive Technology After the Birth of Louise Brown”, *Journal of Reproduction & Infertility*, vol. 14, núm. 3, 2013.

- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- LÓPEZ GUZMÁN, José y APARISI MIRALLES, Ángela, “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, *Cuadernos de Bioética*, Madrid, vol. XXIII, núm. 78, 2012, disponible en: <http://aebioetica.org/revistas/2012/23/78/253.pdf>.
- LUCAS LUCAS, Ramón, *Bioética para todos*, 4a. ed., México, Trillas, 2016.
- MARRADES PUIG, Ana, “La gestación subrogada en el marco de la Constitución Española: una cuestión de derechos”, *Estudios de Deusto*, vol. 65, núm. 1, 2017.
- NEBELING PETERSEN, Michael, “Becoming Gay Fathers through Transnational Commercial Surrogacy”, *Journal of Family Issues*, vol. 39, núm. 3, 2018.
- OLAVARRÍA, María Eugenia, *Gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Universidad Autónoma Metropolitana-Gedisa, 2018.
- PALACIOS ALONSO, Marcelo, *Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación “in Vitro” y la Inseminación Artificial Humanas*, Madrid, Congreso de los Diputados, 1986.
- PALAZZANI, Laura, “Los valores femeninos en bioética”, en APARISI MIRALLES, Ángela y BALLESTEROS LLOMPART, Jesús (coords.), *Por un feminismo de la complementariedad: nuevas perspectivas para la familia y el trabajo*, Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, 2002.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- PÉREZ MONGE, Marina, *La filiación derivada de técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2002.
- REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, ed. del tricentenario, actualización 2018, disponible en: <https://dle.rae.es>.
- SERA, Jean M., “Surrogacy and Prostitution: A Comparative Analysis”, *Journal of Gender & the Law*, vol. 5, núm. 2, 1997, disponible en: <https://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=1241&context=jgspl&se>.
- SIFRIS, Ronli, “Commercial Surrogacy and the Human Right to Autonomy”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 23, núm. 2, 2015.

- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, “La gestación de sustitución o maternidad subrogada: el derecho a recurrir a las madres de alquiler”, *Diario La Ley*, año XXXII, núm. 7608, 11 de abril de 2011.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio José, *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Granada, Comares, 2012.
- WILKINSON, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, Oxford, vol. 17, núm. 2, 2003, disponible en: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/1467-8519.00331>.

CAPÍTULO SEGUNDO

EL DEBATE DE DERECHOS HUMANOS EN EL ABORDAJE DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Ximena María MEDELLÍN URQUIAGA

SUMARIO: I. Introducción. II. Consideraciones preliminares. III. Los actores, sus derechos y las obligaciones estatales. IV. Selección de decisiones judiciales comparadas e internacionales. V. Derechos humanos y gestación por sustitución en la doctrina judicial mexicana. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

El debate actual sobre la gestación por sustitución ha detonado importantes preguntas sociales, éticas y jurídicas que deben ser abordadas desde una pluralidad de perspectivas. Una de ellas es, indiscutiblemente, la protección de los derechos humanos de las personas involucradas en esta práctica, cada vez más utilizada, pero no por eso menos controvertida.

En este capítulo se explorarán algunas de las dimensiones más relevantes sobre el ejercicio de los derechos humanos en el contexto de la gestación por sustitución. De manera más precisa, se pretende destacar la importancia que reviste el análisis de la lógica jurídico-política que sustenta o justifica los grados de intervención estatal en el ejercicio de los derechos o libertades de las personas vinculadas con un proceso de gestación por sustitución. Este trabajo parte de la premisa que, más allá de los problemas que conlleva la actual disparidad normativa en el tema, es difícil tratar de plantear un diálogo constructivo con miras a la creación de un marco normativo internacional común, sin entender o reconocer que dicha discrepancia puede originarse también en una concepción diferenciada sobre las necesidades de tutela de derechos humanos.

Desde una perspectiva metodológica, el análisis propuesto retoma algunos de los criterios transversales sobre argumentación en derechos humanos,

para examinarlos a la luz de los debates jurídicos que rodean la gestación por sustitución. De manera adicional, se examinan algunas decisiones judiciales nacionales e internacionales relevantes, que pueden aportar mayor claridad al examen de los sustentos jurídico-políticos de tutela de derechos que pretenden justificar las distintas formas o grados de intervención estatal en el ejercicio de los mismos.

El presente capítulo comienza planteando algunas consideraciones preliminares sobre el impacto práctico que tiene la argumentación de un problema jurídico desde la perspectiva de derechos humanos, con particular énfasis en la vinculación con los modelos jurídico-políticos fundantes de una organización social o política. Posteriormente, se retoman algunos de los criterios básicos de la argumentación de derechos humanos, desde la perspectiva de los actores, sus derechos humanos y las obligaciones estatales, relevantes para el análisis de un caso específico en materia de gestación por sustitución. Luego, se examinan algunas de las decisiones adoptadas por tribunales nacionales o internacionales, en las que se destacan problemas jurídicos derivados de un proceso de gestación por sustitución, desde una perspectiva de derechos humanos. A continuación, se presenta un examen más detallado sobre la sentencia emitida por la SCJN mexicana en el Amparo en Revisión 553/2018. Finalmente, en la última sección se ofrecen algunas conclusiones generales.

II. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

La literatura especializada en materia de gestación por sustitución y su vinculación con los derechos humanos ha puesto particular atención en los problemas jurídicos que se generan cuando dichos procesos tienen lugar en contextos transnacionales complejos, agravados por la disparidad normativa que existe entre las jurisdicciones involucradas.¹ La lógica prohibitiva que impera en algunas legislaciones nacionales contrasta frontalmente con la permisivi-

¹ Véanse, por ejemplo, Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul Reid, “Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy”, en Biagioni, G. e Ippolito, F. (eds.), *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016, pp. 109-137; Tobin, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2, 2014, pp. 317-352; Bromfield, Nicole y Smith Rotabi, Karen, “Global Surrogacy, Exploitation, Human Rights and International Private Law: A Pragmatic Stance and Policy Recommendations”, *Global Social Welfare*, vol. 1, núm. 3, 2014, pp. 123-135.

dad que caracteriza a otros Estados, lo que naturalmente deriva en constantes conflictos regulatorios que impactan de forma directa en la tutela de los derechos, particularmente aquellos de los niños nacidos a través de un proceso de gestación por sustitución. Sin duda, estos escenarios conllevan una importante interacción entre los regímenes constitucionales y convencionales de derechos humanos y el derecho internacional privado, que debe continuar siendo materia de análisis.

No obstante lo anterior, es necesario también reconocer que las implicaciones sociales y humanas de la gestación por sustitución exceden, por mucho, los escenarios de conflictos generados por la disparidad normativa entre Estados. En este sentido, es oportuno comenzar con algunas consideraciones previas, que sirvan para navegar de mejor forma en el complejo entramado convencional o constitucional de protección a las personas.

En términos generales, la argumentación en derechos humanos toma relevancia jurídica cuando en un caso específico se genera un conflicto práctico, dada la divergencia de intereses entre particulares, la oposición de éstos frente a una decisión estatal que afecta sus libertades o derechos, o la insuficiencia normativa para asegurar el pleno y libre ejercicio de los derechos. En estos escenarios, la referencia a los derechos humanos de alguna de las partes en el conflicto tiene como efecto directo elevar el problema a un debate constitucional o convencional, el cual involucra tanto las decisiones jurídicas básicas como el modelo político fundante adoptado por cada sociedad. En otras palabras, es difícil, por no decir imposible, argumentar un derecho humano en un caso contencioso sin hacer referencia, explícita o implícitamente, a una visión más amplia sobre el sustento jurídico-político de las relaciones entre los particulares y el poder público. Dicho sustento será, a su vez, el parámetro normativo que sirva para determinar la corrección de una conducta o intervención estatal específica en el ejercicio de los derechos o libertades individuales.

Si bien este debate puede parecer meramente teórico, el mismo tiene implicaciones prácticas claras para el análisis de la protección de los derechos humanos en el contexto de la gestación por sustitución. Así, por ejemplo, un modelo político sustentado en una visión marcadamente liberal del ejercicio de los derechos debería resultar en un contexto más permisivo, con amplios márgenes de deferencia a la autonomía individual de las partes involucradas en el proceso de gestación por sustitución. En contraste con lo anterior, a un modelo político liberal igualitario, liberal perfeccionista o conservador, respectivamente, deberían corresponderles mayores restricciones a las libertades individuales, con el fin de salvaguardar los derechos de terceras perso-

nas, el ideal de desarrollo humano o los principios morales básicos para el modelo, según corresponda.²

Estas consideraciones llevan a reconocer que el análisis de la gestación por sustitución desde la perspectiva de derechos humanos requiere no sólo identificar los derechos que pueden estar en juego, sino también reflexionar sobre el alcance permisible de la intervención estatal frente a la actuación de los particulares, en consonancia con las obligaciones generales en materia de derechos humanos. La forma de concebir o entender el alcance de dichas obligaciones estará determinada, en gran medida, por los objetivos políticos que se plantean en cada sistema. En otras palabras, la propia lógica estatal (o, en el mejor de los casos, social) dota de contenido a las obligaciones, que sirven, a su vez, como referentes para el análisis de la justificación de las decisiones públicas que afectan, potencian o limitan el ejercicio de los derechos de las partes en un proceso de gestación por sustitución.

Dada la ausencia de un marco jurídico internacional específico en esta materia, todas estas decisiones se generan en un amplio margen de discrecionalidad a favor de los Estados para la regulación territorial o extraterritorial de los problemas jurídicos que involucren derechos fundamentales. La actuación legislativa, regulatoria o judicial no puede, sin embargo, plantearse en contradicción a los principios básicos de protección a los derechos. En otras palabras, la discrecionalidad estatal no debe convertirse en una actuación arbitraria,³ que afecte, interfiera o restrinja injustificada o desproporcionadamente el ejercicio de los derechos de las personas.

Para estos fines, el marco internacional de los derechos humanos u otras ramas afines de protección a la persona pueden servir como el referente inicial —que no por eso exhaustivo, absoluto o perfecto— de las controversias que se generan, en particular por las discrepancias normativas entre la multiplicidad de las regulaciones o interpretaciones emitidas por entes estatales.

² Para una discusión más detallada sobre el tema, véase, por ejemplo, Hevia, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en Cerdio, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 301-312.

³ En la doctrina internacional especializada en materia de derechos humanos, el concepto “arbitrariedad” se diferencia claramente de la actuación discrecional o ilegal de los actores estatales o particulares. El Comité de Derechos Humanos ha señalado que “la expresión «injerencias arbitrarias» puede hacerse extensiva también a las injerencias previstas en la ley. Con la introducción del concepto de arbitrariedad se pretende garantizar que incluso cualquier injerencia prevista en la ley esté en consonancia con las disposiciones, los propósitos y los objetivos del Pacto y sea, en todo caso, razonable en las circunstancias particulares del caso”. Véase Comité de Derechos Humanos, *Observación General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*, 28 de septiembre de 1998, párr. 4, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en.

III. LOS ACTORES, SUS DERECHOS Y LAS OBLIGACIONES ESTATALES

En una aproximación inicial a los conflictos jurídicos que puede plantear un caso de gestación por sustitución desde la perspectiva de derechos humanos, es importante contar con un mapeo preliminar de los actores relevantes. Ellos son, como mínimo, los siguientes: *i*) los padres intencionales —sean una pareja heterosexual, del mismo sexo o una persona soltera—; *ii*) la mujer gestante —quien puede o no haber aportado su propio material genético—; *iii*) el niño producto de la gestación, y, en su caso, *iv*) el personal médico involucrado en el procedimiento. Si bien la discusión académica, jurídica o legislativa ha puesto poca atención en este último grupo, el personal médico que brinda los servicios técnicos necesarios para lograr la concepción del embrión puede tener tanto derechos como obligaciones que resulten relevantes en un análisis de los conflictos jurídicos desde la perspectiva de derechos humanos. De manera adicional, existen otros actores que tangencialmente pueden resultar afectados por las decisiones particulares o públicas que se tomen en torno a la gestación por sustitución. Por ejemplo, en distintas jurisdicciones se ha destacado la importancia de contar con la anuencia del cónyuge de la mujer gestante, con el fin de dotar de mayor seguridad jurídica a las relaciones filiales que se generan a partir de una gestación por sustitución.

En conjunto con la identificación de los actores relevantes, es también importante reconocer que, como todo proceso reproductivo, la gestación por sustitución implica un continuo dinámico de relaciones variadas entre una multiplicidad de sujetos, en distintos momentos. En consecuencia, el análisis de los derechos relevantes al inicio del proceso —por ejemplo, cuando se toma la decisión de procrear a través de la gestación por sustitución o cuando se procura obtener el consentimiento de la mujer gestante— involucra temas sustancialmente distintos, aunque posiblemente relacionados, a los problemas que pueden generarse posteriormente con el reconocimiento jurídico de la relación filial entre los padres intencionales y el niño gestado a través de esta práctica.

1. *Los derechos humanos y su argumentación*

Con estas premisas iniciales, distintos tribunales nacionales o internacionales han identificado como posibles derechos relevantes en un procedimiento de gestación por sustitución a los siguientes: *i*) el derecho a la identidad de los menores, ya sea como un derecho autónomo o como parte del contenido

normativo del derecho a la vida privada; *ii*) el derecho a la familia de los padres intencionales; *iii*) el derecho al libre desarrollo de la personalidad de la mujer gestante, y *iv*) el derecho a la protección de los datos personales de todas las personas involucradas en el procedimiento, ya sea como un derecho autónomo o como parte del contenido normativo del derecho a la vida privada. De manera claramente destacable, las cortes nacionales e internacionales han utilizado el principio del interés superior del menor como un criterio transversal que debe sustentar sus consideraciones y resolutivos en toda sentencia sobre la materia.⁴

Una línea paralela de litigio, con especial relevancia en distintos tribunales nacionales, se ha centrado en la exigencia del derecho a la no discriminación, particularmente en relación con una visión amplia del derecho a la familia. Como se analizará a mayor detalle en secciones posteriores, este tipo de asuntos ha servido para asegurar la relación filial en casos en que los padres intencionales sean una pareja del mismo sexo o para equiparar los derechos de la madre de intención a los de la madre biológica o adoptiva, por lo que toca, por ejemplo, a las licencias de maternidad.

En todo caso, parece claro que, por sí mismo, un enlistado limitado de derechos resulta de poca utilidad para abordar las preguntas propuestas. Tal como se señaló desde el inicio, la argumentación eminentemente casuística en materia de derechos humanos resalta la necesidad de considerar los hechos relevantes determinados por las cortes o tribunales, al establecer la posible violación o afectación a los derechos específicos. De igual manera, se debe tener en cuenta que las distintas autoridades nacionales pueden dotar de contenido diverso a derechos enunciados en los mismos términos. Es decir, en tanto que en algunas jurisdicciones se puede reconocer que el contenido normativo del derecho a la familia incorpora, por ejemplo, el reconocimiento de la libertad reproductiva de las personas, para otros órganos nacionales o internacionales el derecho a la familia podría implicar el reconocimiento de las relaciones filiales basadas en los vínculos genéticos, biológicos o afectivos entre distintas personas, sin necesariamente abarcar el derecho a la reproducción. Esta dimensión puede corresponder, en este ejemplo, al contenido de un derecho reproductivo autónomo y normativamente diferenciable del derecho a la familia.

⁴ Véanse, por ejemplo, *Farnell & Anor and Chanbua* [2016] FCWA 17 (Australia), disponible en: <http://www.austlii.edu.au/cgi-bin/sinodisp/au/cases/wa/FCWA/2016/17.html?stem=0&synonyms=0&query=farnell&nocontext=1>; Corte Constitucional, Sentencia T-968/09, 18 de diciembre de 2009, magistrada ponente: María Victoria Calle Correa (Colombia), disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-968-09.htm>.

El reconocimiento de una diversidad de derechos autónomos no implica, sin embargo, que los mismos no sean argumentativamente importantes para un caso en concreto. Por el contrario, atendiendo al principio de interdependencia de los derechos humanos,⁵ la reivindicación conjunta de los distintos derechos relevantes en un contexto específico enfatizará el vínculo entre los hechos concretos y las pretensiones de las partes, además de dotar de mayor fuerza argumentativa a sus posiciones.

Así, por ejemplo, tanto los padres intencionales como la mujer gestante podrían alegar que una regulación estatal interfiere desproporcionadamente con su libertad reproductiva, al tiempo que sostengan también la violación a los derechos a la familia, la vida privada o la libertad personal. En este supuesto, el derecho a la libertad reproductiva de los padres intencionales, por un lado, y el de la mujer gestante, por el otro, toman dimensiones claramente distintas gracias a su interdependencia con otros derechos. En tanto que para los padres intencionales su libertad reproductiva debe estar necesariamente vinculada (es decir, tiene una relación de interdependencia) con el derecho a formar una familia, para la mujer gestante, en cambio, la relación de sus derechos reproductivos con el derecho a la libertad personal enfatizaría su autonomía o agencia frente a una regulación estatal que tenga como objeto o efecto limitar la posibilidad de participar en un acuerdo de gestación por sustitución. Si a esta misma relación de derechos se le suma, por ejemplo, la libertad de profesión u oficio, se podría construir una base normativa más sólida para cuestionar la constitucionalidad o convencionalidad de una regulación que prohíba el pago a favor de la mujer gestante por los servicios reproductivos prestados. Lo mismo es aplicable, por ejemplo, a los casos que involucren decisiones estatales directa o indirectamente discriminatorias, que menoscaben o interfieran con el ejercicio del derecho a la familia, a la integridad personal o a la salud reproductiva.

Los supuestos arriba planteados son meros ejemplos que destacan la importancia práctica del principio de interdependencia para el análisis de los conflictos jurídicos derivados de la gestación por sustitución desde la pers-

⁵ El principio de interdependencia de los derechos humanos destaca “la medida en que el disfrute de un derecho en particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos. Por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como al trabajo en condiciones adecuadas”. Vázquez, Luis Daniel y Serrano, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, pp. 152 y 153. Véase, además, Donnelly, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 2013.

pectiva de derechos humanos. Dichos escenarios hipotéticos no se derivan de ninguna decisión judicial específica ni pretenden zanjar de tajo discusiones normativas evidentemente más complejas. Sin embargo, es importante destacar que esta aproximación a la argumentación en derechos humanos, con un énfasis claro en la interdependencia de los derechos, ha sido utilizada en la práctica por órganos como la CoIDH. Si bien esta corte no se ha pronunciado en un caso concreto de gestación por sustitución, su argumentación en los casos *Artavia y otros*⁶ y *Gómez Murillo y otros*,⁷ ambos contra Costa Rica, resulta de la mayor relevancia para futuros casos que puedan plantear un conflicto jurídico entre intereses o derechos particulares y la regulación estatal relacionados con el acceso a distintas TRHA, incluida la gestación por sustitución. De manera particularmente relevante para la materia de este estudio, la CoIDH ha reconocido la interdependencia de los derechos a la familia, a la vida privada o a la integridad personal con el derecho a beneficiarse del progreso científico y tecnológico.⁸

De manera adicional al principio de interdependencia, la argumentación de derechos humanos debe caracterizarse también por la interpretación expansiva y evolutiva de su contenido normativo.⁹ Tal como lo destacó la misma CoIDH en el caso *Artavia y otros vs. Costa Rica*, la CADH¹⁰ —al igual que muchos otros tratados internacionales de protección a los derechos humanos— fue concluida antes de que existieran las actuales TRHA. Por lo tanto, era imposible que sus creadores hubieran anticipado la forma de entender los derechos reconocidos en dicha convención frente a los actuales escenarios reproductivos; esta tarea quedó a cargo de los órganos de aplicación subsiguiente del tratado internacional.

⁶ CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, párrs. 141-151, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_257_esp.pdf.

⁷ CoIDH, *Caso Gómez Murillo y otros vs. Costa Rica*. Sentencia del 29 de noviembre de 2016, Serie C No. 326, párrs. 28 y 45, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_326_esp.pdf.

⁸ Véanse, por ejemplo, el artículo 27 de la DUDH, el artículo XIII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el artículo 15.b del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como el artículo 14.1.b del Protocolo de San Salvador Adicional a la CADH. También véase CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica...*, *cit.*, párr. 150.

⁹ Sobre el principio de interpretación evolutiva de los tratados internacionales en derechos humanos, véase, por ejemplo, Rainey, Bernadette *et al.*, *The European Convention on Human Rights*, 7a. ed., Oxford, Oxford University Press, 2017, pp. 64-84.

¹⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, del 7 al 22 de noviembre de 1969, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_america_na_sobre_derechos_humanos.htm.

Es indudable que la tecnología vinculada con la reproducción humana continuará desarrollándose de manera vertiginosa en el futuro. Frente a esta realidad, se requiere contar con herramientas jurídicas claras, con el fin de responder a los problemas inéditos que sean planteados ante órganos jurisdiccionales. Los principios de interpretación específicos en materia de derechos humanos parecen ser una respuesta a esta encrucijada.

El contenido normativo de los derechos humanos debe también vincularse con los cambios o transformaciones sociales que caracterizan a todas las sociedades. En este sentido, la interpretación expansiva y evolutiva de los derechos ha sido fundamental para dotar de protección, por ejemplo, a un modelo amplio de familia que no coincide con un paradigma tradicional.¹¹

En síntesis, desde la argumentación constitucional o convencional de derechos humanos resulta claro que la identificación de los derechos relevantes es sólo el punto de partida. La manera en que los órganos nacionales o internacionales doten de contenido a los derechos, a través de los criterios de interpretación aplicables, tendrá un impacto sustantivo en la forma de entender los hechos relevantes y de solventar el conflicto planteado por las partes.

2. *Las obligaciones en derechos humanos y la intervención estatal*

De manera paralela, es necesario analizar también la forma en que cada Estado dota de eficacia a las obligaciones en materia de derechos humanos, asumidas en virtud de los tratados internacionales relevantes. Sin entrar al complejo debate sobre la terminología internacional en materia de obligaciones estatales,¹² es plausible al menos reconocer los deberes básicos de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos, a los cuales se les puede añadir la obligación de protección frente a conductas de terceros.

La manera de concebir estas obligaciones dentro de ciertos modelos jurídico-políticos determinará sustancialmente el grado y la forma de interven-

¹¹ Véase, por ejemplo, SCJN, Amparo en Revisión 152/2013, 23 de abril de 2014, mayoría de cuatro votos, ministro ponente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena, secretarios: Karla I. Quintana Osuna y David García Sarubbi. También véanse CoIDH, *Caso Duque vs. Colombia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C No. 310, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf; CoIDH, *Caso Atala Ríffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

¹² Para una referencia más integral sobre la terminología utilizada por distintos órganos internacionales para referirse a las obligaciones estatales en derechos humanos, véase Salazar, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014, pp. 111-131.

ción estatal permisible en el ejercicio de los derechos de las personas, en el contexto de la gestación por sustitución. Como se apuntó desde el inicio, a una perspectiva política marcadamente liberal le debería corresponder una intervención estatal minimalista, que tenga por objeto primordial salvaguardar aspectos esenciales del orden público.¹³ Consecuentemente, el análisis del cumplimiento de la obligación de respeto, que implica la abstención de interferir ilegal o arbitrariamente en el ejercicio de las libertades individuales, se debería basar en una fuerte presunción a favor de la autonomía, la libertad de decisión y la configuración de los particulares directamente involucrados en un proceso de gestación por sustitución y, en correspondencia, en una interpretación restrictiva de la noción de orden público que pueda justificar una intervención estatal contraria al ejercicio de las libertades individuales.

En este modelo, las partes —es decir, los padres intencionales y la mujer gestante— gozarían de un amplio margen de configuración para acordar la forma, los medios o las condiciones a los que se sujetaría el proceso de gestación por sustitución, incluyendo temas como la posible compensación económica a favor de la mujer gestante, la identidad sexual de los padres intencionales o cualquier elemento de extranjería relevante para el caso.

En una aparente coincidencia con esta postura, algunas cortes nacionales han concebido a los problemas jurídicos relacionados con la gestación por sustitución como un tema que se refiere fundamentalmente al cumplimiento de obligaciones contractuales privadas. La intervención de las cortes nacionales se detona únicamente por el conflicto de intereses privados contractuales alrededor de un caso específico, en contraste con otro tipo de controversias centradas en la opción de una regulación estatal previa, que limite la libertad de acción de las personas.

Esta posición no parecería satisfacer, sin embargo, los problemas aparejados con la protección de los derechos del niño producto de la gestación por sustitución, al no ser parte activa (sobra decir) en el diseño del marco contractual que regirá la relación entre las partes. En todo caso, los derechos del niño parecen constituir uno de los límites claros, justificados desde una noción amplia del orden público, que no puede quedar a discrecionalidad o disponibilidad de las partes contratantes.

En el otro extremo del debate, una interpretación de las obligaciones estatales fuertemente enfocada en el deber de protección de los derechos de terceras personas —incluso fuera de su jurisdicción— podría derivar en un alto grado de intervención en las libertades individuales, hasta el grado de afirmar una prohibición absoluta de la gestación por sustitución. Ésta parece

¹³ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227, 109 N.J. 396 (N.J. 1988) (Estados Unidos de América).

ser la posición que sustenta o subyace en la legislación de distintos países, tales como Francia o Italia.¹⁴ Según se ha documentado en estudios o informes técnicos sobre el tema, frente a la prohibición local, las personas nacionales de estos países deciden trasladarse a otras jurisdicciones con marcos regulatorios más permisivos o incluso inexistentes, en las cuales pueden acceder de forma libre a la gestación por sustitución.¹⁵ Los conflictos se generan al retorno de los padres intencionales con el niño gestado a través de esta práctica, cuando las autoridades nacionales se rehúsan a reconocer una relación filial generada en contradicción con su propia legislación.

Los efectos de esta aproximación protectora-prohibicionista han sido objeto de distintos litigios ante el TEDH.¹⁶ Como se detallará más adelante, las resoluciones de dicho órgano parecen resultar insuficientes o inadecuadas para abordar la compleja realidad humana generada por la intervención estatal prohibicionista con impactos extraterritoriales. Los criterios regionales pueden, incluso, tener efectos desproporcionados o discriminatorios cuando se aplican en otros casos *sub judice*.

En una visión matizada de la intervención protectora, se podría pensar también en un modelo que, antes de establecer una prohibición absoluta, opte por regular aspectos críticos del acuerdo en específico o del proceso en su conjunto. En esta línea se ubicarían, por ejemplo, aquellos países que han optado por limitar las formas comerciales (contratos onerosos) de gestación por sustitución.¹⁷ Lo anterior, con el fin de limitar los riesgos aparejados con la generación de un “mercado reproductivo” en contextos de amplias disparidades sociales. Igualmente, otros aspectos que podrían ser sujetos a regulación, aunque su justificación sería más dudosa desde la perspectiva de derechos humanos, son: *i*) la participación de personas extranjeras en los procesos; *ii*) los requisitos socioeconómicos o, incluso, médicos que deban

¹⁴ Véase el capítulo octavo de la presente obra.

¹⁵ Véase el capítulo cuarto. Asimismo, véase HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>. Desde la perspectiva académica, véanse, por ejemplo, Davis, Erica, “The Rise of Gestational Surrogacy and the Pressing Need for International Regulation”, *Minnesota Journal of International Law*, vol. 21, 2012, pp. 120-144; Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza”, en Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional XLIII 2016, Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 21 de octubre de 2016*, Washington D. C., Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, pp. 13-35, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf.

¹⁶ Véase el capítulo décimo de esta obra.

¹⁷ Véase el capítulo séptimo de esta obra.

satisfacer los padres intencionales o las mujeres gestantes; *iii*) las condiciones técnicas o de infraestructura que deben cumplir las personas o instituciones encargadas de realizar los procedimientos médicos necesarios para la gestación por sustitución; *iv*) la posible participación de terceras personas o instituciones que intervengan como coordinadores o intermediarios en la relación entre los padres intencionales y la mujer gestante, entre otros.

Si bien el modelo de intervención protectora-reguladora puede ser menos invasivo que un esquema completamente prohibicionista, es también difícil pensar que la mera existencia de una legislación que restrinja ciertos supuestos sería suficiente para asegurar en la práctica los derechos de las personas socialmente vulnerables. Asimismo, es complicado concebir una regulación lo suficientemente exhaustiva como para que se contemplen los puntos más relevantes del proceso, sin tampoco caer en interferencias arbitrarias o normas discriminatorias que afecten o menoscaben el ejercicio de los derechos de ciertos grupos de personas.

En un tercer modelo, la intervención estatal puede tener por objeto primordial la garantía del libre ejercicio de los derechos de las personas involucradas en un proceso de gestación por sustitución. En contraste con la intervención protectora-reguladora, una intervención garantista implicaría no sólo la restricción de ciertos supuestos o condiciones para el acceso o uso de la técnica, sino que también debería establecer todo el diseño normativo, institucional y de política pública necesario para asegurar que cada persona pueda participar en estos acuerdos de manera libre e informada. Esta visión parecería más compatible con un modelo igualitario (liberal), en el cual el reconocimiento de las disparidades sociales que pueden afectar el libre ejercicio de los derechos sirva como base para diseñar las intervenciones estatales dirigidas y adecuadas que reviertan, atajen o mitiguen los riesgos, sin menoscabar el reconocimiento de la autonomía individual.

En esta línea de pensamiento destaca, por ejemplo, la creciente jurisprudencia de la CoIDH en materia de consentimiento libre e informado como una garantía específica para el ejercicio de los derechos a la libertad personal, la integridad personal y la salud (entendidos desde una relación de interdependencia).¹⁸ Si bien los casos relevantes en este tema no versan sobre temas de reproducción asistida, en general, o gestación por sustitución, en específico, parecería razonable proponer una extrapolación de los crite-

¹⁸ Véanse CoIDH, *Caso I.V. vs. Bolivia*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de noviembre de 2016, Serie C No. 329, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_329_esp.pdf; CoIDH, *Caso Poblete Vilches y otros vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de marzo de 2018, Serie C No. 349, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_349_esp.pdf.

rios, con las adaptaciones requeridas, a nuevos escenarios que demandan una validación plena del ejercicio libre de la autonomía personal, particularmente de la mujer gestante.

De la misma forma, las intervenciones garantistas serían la vía para asegurar el acceso a las técnicas requeridas a personas con discapacidades reproductivas o en condiciones socioeconómicas más vulnerables (se trata no sólo de los padres intencionales, sino también de las mujeres gestantes). Con los beneficios que podría tener un modelo de intervención garantista, tampoco se pueden obviar las complejidades de diseño institucional o regulatorio que se requieren, así como el impacto económico que una política pública de este tipo podría tener. Un debate constante en el análisis de las obligaciones estatales es la necesidad de balancear entre las diversas demandas de satisfacción que existen en derechos humanos *vis-à-vis* la escasez de los recursos disponibles. En esta paradoja, intrínseca a la actuación estatal para la garantía de los derechos humanos, bien se podría alegar que destinar recursos públicos a los procesos de gestación por sustitución necesariamente afecta el acceso a otros servicios o bienes básicos o necesarios para grupos poblacionales más amplios. Ésta es, sin duda, una consideración que debe tomarse de manera seria y reflexiva, con arreglo a otros criterios propios de los derechos humanos, tales como el principio de progresividad.

En resumen, sin pretender agotar una discusión claramente más amplia, es importante considerar que la forma de concebir las obligaciones estatales de respeto, protección o garantía de los derechos humanos puede llevar al menos a tres tipos diferenciados de intervención estatal, en el contexto de la gestación por sustitución. En un extremo tenemos a una intervención prohibicionista, que limita fuertemente la autonomía de los padres intencionales bajo la justificación de la protección casi irrestricta de los derechos de terceras personas (en específico los de las mujeres gestantes o, incluso, los del niño que podría llegar a nacer a través de este proceso).¹⁹ Por otro lado, se podría pensar en una intervención protectora-reguladora, que restringe ciertos aspectos de la gestación por sustitución —particularmente en cuanto a la forma o modalidades de la contratación—, pero sin negar del todo

¹⁹ Sobre este punto, Martín Hevia correctamente destaca que “a pesar de que nuestras sociedades [occidentales], en general, tienen Constituciones que reflejan valores liberales, la intuición de muchas personas acerca de la maternidad por sustitución parte de la «tesis de la asimetría». Según esta posición, hay una asimetría entre los mercados de trabajo regulares y el del trabajo reproductivo: tratar al trabajo reproductivo de la mujer como tratamos a cualquier otro bien sujeto a leyes del mercado es incorrecto moralmente [nota omitida]”. Hevia, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en Cerdio, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I, pp. 303 y 304.

la autonomía de las personas. Por último, podría visualizarse una intervención garantista, en la cual el Estado esté directamente a cargo de asegurar las condiciones necesarias para el ejercicio libre de los derechos y libertades individuales de las personas, particularmente en contextos de desequilibrio socioeconómico. En este último modelo, la actuación estatal tomaría una forma prestacional, especialmente por lo que toca al acceso a los servicios médicos, científicos o técnicos requeridos, además de ser el principal garante para validar la existencia de un consentimiento libre e informado de todas las partes que participan en los acuerdos de gestación por sustitución.

IV. SELECCIÓN DE DECISIONES JUDICIALES COMPARADAS E INTERNACIONALES

Más allá de la discusión académica sobre el tema, el incremento paulatino de casos de gestación por sustitución ha resultado, de manera lógica, en un aumento de decisiones judiciales nacionales o internacionales relevantes para la protección de los derechos humanos en estos contextos. En esta sección se describen algunas decisiones que sirven para ejemplificar el estado de la cuestión en los debates nacionales o internacionales, con particular referencia a los modelos de protección de derechos o intervención estatal expuestos antes. La selección de decisiones judiciales que se presentan a continuación no tiene una aspiración de exhaustividad ni tampoco constituye una muestra representativa de las mayores tendencias argumentativas comparadas o internacionales.²⁰ El objetivo de esta sección es simplemente mostrar algunas decisiones judiciales concretas, en las que se pueda apreciar la relevancia práctica de los argumentos presentados hasta este punto.

Un primer aspecto que debemos destacar es que no todas las decisiones judiciales analizadas se originan en escenarios genuinamente contenciosos, ya sea entre particulares o entre éstos y autoridades estatales. En algunos casos, dichas resoluciones tienen como objeto primario dotar de efectos jurídicos una situación de hecho, en un escenario normativo todavía incierto. En esta línea se podrían identificar, por ejemplo, las decisiones adoptadas por cortes en la India, a través de las cuales se valida el consentimiento

²⁰ Independientemente de su innegable relevancia, en esta sección no se retoman las decisiones adoptadas por tribunales nacionales de distintos países, en relación con la prohibición de celebrar acuerdos de gestación por sustitución o la negativa de reconocimiento de la relación filial entre un niño y los padres intencionales, cuando dichos acuerdos se celebraron en terceros países. Para más información sobre este universo de sentencias, véase, por ejemplo, Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017, pp. 166-200.

otorgado por el cónyuge de la mujer gestante al momento de la celebración del acuerdo respectivo y, de forma paralela, se declara formalmente revertida la presunción legal de paternidad que recae sobre aquél frente al hijo gestado por esta última.²¹ En un supuesto similar, destacan las resoluciones de tribunales británicos en materia de órdenes parentales, de conformidad con la Human Fertilisation and Embryology Act 2008. Por ejemplo, en el caso *J v. G*, el tribunal validó tanto la sujeción del acuerdo de gestación por sustitución a las restricciones previstas en la legislación aplicable (incluida la prohibición de acuerdos comerciales) como la existencia del consentimiento libre e informado entre las partes y las condiciones de vida de los niños nacidos a través de este procedimiento, en consonancia con el deber estatal de tutelar los derechos de la infancia.²²

En otros escenarios, claramente contenciosos, algunos tribunales nacionales han establecido la igualdad de derechos de la madre intencional frente a una madre biológica o adoptiva, por lo que corresponde a los derechos posteriores al nacimiento de su hijo. En particular, se ha afirmado, por ejemplo, el derecho de todas las madres a disfrutar de una licencia pagada de maternidad.²³ De la misma forma, se ha afirmado el derecho de las parejas del mismo sexo a registrar como hijo propio a un niño nacido a partir de un acuerdo de gestación por sustitución. La argumentación de estos casos también se sustenta en el principio-derecho a la no discriminación, incluso en ausencia de una legislación secundaria expresamente aplicable al caso.²⁴

La diversidad de escenarios que abarca la gestación por sustitución ha conducido, en otros momentos, a que se planteen controversias entre los padres intencionales y la mujer gestante quien, a su vez, aportó parte del material genético para la procreación. En la Sentencia T-968/09, la Corte Constitucional de Colombia concluyó que, dado el vacío legal en la materia, así como la relación genética entre la madre gestante²⁵ y los menores, no podía considerarse que éstos hubieran sido el resultado de un acuerdo

²¹ Véase, por ejemplo, *Normann Witzleb vs. Jyotshana Mandal & Anr* [2011] Delhi District Court, No. 143/2011 (India). Una disposición con efectos análogos a los de la sentencia antes referida se contempla en el artículo 360 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

²² *J v. G* [2013] EWHC 1432 (Fam) (Reino Unido).

²³ Véanse, por ejemplo, *P. Geetha vs. The Kerala Livestock Development* [2014] Kerala High Court, WP(C). No. 20680 (India); *Dr. Mrs. Hema Vijay Menon vs. State of Maharashtra* [2015] Bombay High Court, WP. No. 3288 (India); *K. Kalaiselvi vs. Chennai Port Trust* [2013] Madras High Court, WP. No. 8188 (India).

²⁴ Sobre este punto, véase el análisis del Amparo Directo en Revisión 2766/2015, dictado por la Primera Sala de la SCJN, en la sección quinta de este mismo capítulo.

²⁵ Esta denominación es la empleada por la sentencia.

de gestación por sustitución.²⁶ Por lo tanto, el caso debía ser abordado como un problema de custodia entre dos padres, teniendo siempre como fundamento la protección del interés superior del menor.²⁷ En todo caso, la propia Corte Constitucional hizo un llamado expreso a la adopción inmediata de un marco jurídico adecuado, en el que se observaran los siguientes criterios:

- (i) que la mujer tenga problemas fisiológicos para concebir; (ii) que los gametos que se requieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante (quien facilita su vientre); (iii) que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas; (iv) que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etc.; (v) que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas; (vi) que se preserve la identidad de las partes; (vii) que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado, e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor; (viii) que los padres biológicos no pueden rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia; (ix) que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor; y (x) que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica, entre otros.²⁸

Dadas sus características y efectos, parecería razonable considerar las decisiones descritas en los párrafos anteriores dentro del modelo de intervención garantista, según la clasificación planteada en la tercera sección de este capítulo. Es importante destacar, sin embargo, que no todas las resoluciones judiciales se insertan dentro de un marco jurídico, institucional o de políticas públicas integrales, que tenga como objetivo asegurar el libre ejercicio de los derechos de todas las personas. Por consiguiente, como se advirtió previamente, en muchos casos se trata aún de modelos de intervención garantista incompletos, en los que las cortes o tribunales nacionales se ven obligados a utilizar herramientas argumentativas propias de derechos humanos, dentro de marcos caracterizados por lagunas o vacíos jurídicos de consideración.

La posibilidad jurídica de acceder a mecanismos de protección judicial es, indiscutiblemente, una pieza importante para la operación de un aparato gubernamental centrado en la obligación de garantía de los derechos. Esto no excluye, sin embargo, el deber estatal de adoptar otras medidas legislativas o de otra índole, concretas y dirigidas, específicamente concebidas

²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-968/09..., *cit.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

para la protección de los derechos dentro de los escenarios sociales, culturales o económicos respectivos.

De manera paralela, en el creciente universo de sentencias nacionales o internacionales relacionadas con los derechos de las personas vinculadas con un acuerdo de gestación por sustitución destacan, sin duda, las decisiones del TEDH en los casos *Mennesson c. Francia*,²⁹ *Labassée c. Francia*,³⁰ *D. y otros c. Bélgica*,³¹ así como *Paradiso y Campanelli c. Italia*.³² Estas resoluciones han sido materia de distintos trabajos académicos.³³ La finalidad de esta sección no es replicar el análisis propuesto por dichos trabajos, sino meramente contribuir a entender cómo estas sentencias se insertan en la construcción de los distintos modelos de intervención aquí propuestos.

La naturaleza casuística de la argumentación del TEDH implica que cada una de las decisiones mencionadas tiene particularidades fácticas y jurídicas de peso, que las distinguen unas de otras. No obstante lo anterior, estas decisiones comparten ciertas características comunes que vale la pena destacar. De inicio, en todas se analiza la posible violación de los derechos a la familia y la vida privada como resultado de las acciones estatales adoptadas en cumplimiento de la legislación nacional que prohíbe la celebración de acuerdos de gestación por sustitución. En los términos propuestos en este capítulo, este tipo de legislación correspondería a un modelo de intervención protectora-prohibicionista.

Con base en una argumentación escalonada, propia del análisis constitucional o convencional en materia de derechos humanos, el TEDH plantea cuatro preguntas esenciales, que deben ser abordadas de manera secuencial: *i*) ¿cuál es el derecho o derechos afectados, según los hechos relevantes en el caso?; *ii*) ¿cuál es el contenido normativo de dichos derechos?; *iii*) ¿existe una interferencia o restricción en el goce o ejercicio de los derechos derivada de la conducta estatal?, y *iv*) ¿dicha interferencia o restricción es legal, justificada y necesaria en una sociedad democrática? La respuesta a cada una de estas preguntas en los distintos casos implica un ejercicio de argumentación detallada que no se replicará en esta sección.

²⁹ TEDH, Sección 5a., *Mennesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145179>.

³⁰ TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-145180>.

³¹ TEDH, Sección 2a., *D. y otros c. Bélgica*, asunto 29176/13, 8 de julio de 2014, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-146420>.

³² TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-151056>; TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017.

³³ Véase el capítulo décimo de este libro.

Para los fines aquí propuestos, basta con destacar que el TEDH explícitamente ha sostenido que la protección de los derechos de terceras personas (por ejemplo, la mujer gestante y, según el caso del que se trate, el niño) es una justificación convencionalmente válida, en la que se puede sostener una restricción a los derechos a la familia y a la vida privada. En otras palabras, el TEDH avala, al menos de inicio, la posibilidad de que los Estados desplieguen una intervención prohibicionista en aras del deber estatal de protección a los derechos de otras personas, incluso si las mismas no están sujetas a la jurisdicción del Estado demandado.

El problema toma otra dimensión, sin embargo, al confrontar los efectos de este tipo de intervención con el derecho del niño a la vida privada, particularmente por lo que corresponde a la identidad individual. En este extremo, el TEDH reconoce que, si bien la intervención estatal puede ser legal y justificada, no satisface el requisito de ser “necesaria en una sociedad democrática”. Lo anterior, al no lograr establecer un balance adecuado entre los intereses particulares (en específico los derechos del niño) y el interés estatal de protección a terceras personas.³⁴ En esta línea, es pertinente destacar especialmente la sentencia de la Gran Sala en el *caso Paradiso y Campanelli*, en virtud de la cual se afirmó que la protección del interés superior del niño debe prevalecer en estos escenarios, con independencia de si existe una relación genética con uno o ambos padres intencionales.³⁵ De esta forma, la Gran Sala matiza posiciones previamente adoptadas por otras secciones del TEDH, en las que se enfatizaba la relevancia del vínculo genético con al menos uno de los padres intencionales, al determinar la violación de los derechos a la familia o a la vida privada derivada de una intervención prohibicionista del Estado.

En resumen, sin pretender extraer todas las conclusiones posibles de las sentencias del TEDH, éstas sirven para destacar que, más allá de la viabilidad convencional de una intervención prohibicionista estatal, este modelo tiene efectos constantes —muchas veces imprevistos— en el ejercicio de distintos derechos humanos, los cuales conducen a escenarios altamente conflictivos o contenciosos. En esta medida, es importante considerar a las

³⁴ TEDH, *Memesson c. Francia*, cit.; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit.; TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, cit.

³⁵ En palabras del TEDH, “[l]a referencia al orden público no puede construirse como una carta en blanco que permite cualquier medida, en tanto el Estado debe tener en consideración el interés superior del menor, con independencia de la relación parental, genética o de otro tipo. El Tribunal reitera que la separación de un menor de una estructura familiar es una medida extrema, que solo puede estar justificada en caso de un riesgo inminente para el menor”. TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, cit.

sentencias analizadas no sólo como precedentes judiciales relevantes para la construcción de una doctrina judicial cada vez más armónica o consistente, sino también como indicios que sirven para develar los problemas, retos o fortalezas que pueden implicar los distintos modelos jurídico-políticos en los que se plantea el ejercicio de los derechos humanos vinculados con la gestación por sustitución.

V. DERECHOS HUMANOS Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN LA DOCTRINA JUDICIAL MEXICANA

Dentro de este mosaico de decisiones internacionales y comparadas, el 21 de noviembre de 2018 la SCJN de México resolvió el primer caso relacionado con la protección de los derechos humanos en un procedimiento de gestación por sustitución. En términos generales, el problema jurídico se derivaba de la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja del mismo sexo y un niño nacido a través de esta TRHA.

En consonancia con sus propios precedentes, la SCJN enfatizó que el elemento determinante para el reconocimiento de la relación de filiación es la “voluntad procreacional” de los padres intencionales. En términos textuales, ha definido este concepto como “el deseo de asumir a un hijo como propio[,] aunque biológicamente no lo sea, y con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación”.³⁶ Con esta postura, la SCJN mexicana se aleja sustantivamente de otras cortes, particularmente del TEDH, al centrar su análisis en el elemento subjetivo de la filiación —es decir, la voluntad de los padres intencionales—, antes que en algunos aspectos objetivos de la relación —tales como la relación biológica o genética con alguno de los progenitores y/o el tiempo de convivencia con el menor—. ³⁷

Este caso demuestra, como se apuntó previamente, la importancia que reviste considerar la forma en que cada corte u órgano nacional o internacional dota de contenido a derechos que nominalmente son iguales y que, sin embargo, por su interpretación, pueden conducir a resultados distintos

³⁶ SCJN, Amparo Directo en Revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017, unanimidad de cuatro votos, ministra ponente: Norma Lucía Piña Hernández, secretario adjunto: Daniel Álvarez Toledo; SCJN, Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018, unanimidad de cinco votos, ministro ponente: José Ramón Cossío Díaz, secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

³⁷ En este punto es oportuno destacar que el vínculo genético no es tampoco del todo extraño a la sentencia de la SCJN. Para dicho tribunal, la relevancia del vínculo biológico se relaciona, sin embargo, con el contenido normativo del derecho de los niños a su identidad, antes que con el ejercicio del derecho a la familia de los padres intencionales.

en casos similares. Tanto el más alto tribunal de México como el TEDH debían establecer la posible violación al derecho a la familia, derivada de la negativa de las autoridades estatales de reconocer el vínculo filial entre uno o ambos padres intencionales y el niño respectivo. Más allá de los elementos de extranjería que presentan los casos europeos, la posición de ambas cortes es sustancialmente distinta, en gran parte como resultado de una caracterización sustantivamente distinta del contenido normativo del derecho a la familia. Lo anterior, incluso teniendo como base marcos convencionales similares.

En términos más amplios, la decisión de la SCJN denota también una forma de intervención garantista, al afirmar que “la ausencia de regulación en la normatividad secundaria no debe erigirse como un impedimento para el reconocimiento, protección y vigencia de los derechos fundamentales de las personas”.³⁸ En la sentencia original de amparo, el juez de distrito competente concluyó que, ante un vacío legislativo, era imposible verificar si se habían reunido los requisitos esenciales o mínimos a los que, conforme al orden público, debían sujetarse los acuerdos de gestación por sustitución. Consecuentemente, el juez se rehusó a ordenar el registro del menor con los apellidos de los padres intencionales, negando, de esa forma, la relación filial. Ésta sería una medida temporal en tanto las autoridades competentes tuvieran oportunidad de investigar las condiciones bajo las cuales se acordó la gestación del menor.

En contraste con esta posición, la SCJN afirmó la primacía del ejercicio efectivo de los derechos de las partes —en específico los de los padres intencionales y los de su hijo— al reconocer que la legislación local existente comprendía los supuestos necesarios para proceder al registro del niño, reconociendo a ambos padres intencionales como sus padres legales. Si bien la SCJN sustenta estas conclusiones en una interpretación prioritariamente literal de las normas relevantes del código civil estatal aplicable, los derechos reconocidos al inicio de la misma sentencia parecen ser un telón de fondo que subyace en toda la lógica argumentativa del tribunal. Esto implicaría, en términos de la doctrina constitucional en materia de derechos humanos, una interpretación conforme del orden jurídico secundario en sentido amplio.³⁹

³⁸ SCJN, Amparo en Revisión 553/2018..., *cit.*

³⁹ Con respecto al concepto de la interpretación conforme en el constitucionalismo mexicano, véase, por ejemplo, SCJN, Expediente Varios 912/2010, 14 de julio de 2011, ministra ponente: Margarita Luna Ramos, ministro encargado del engrose: José Ramón Cossío Díaz, secretarios: Raúl Manuel Mejía Garza y Laura Patricia Rojas Zamudio. Desde una perspectiva académica, véase, por ejemplo, Cossío Díaz, José Ramón, “Primeras implicaciones del

De manera también interesante, la propia sentencia de la SCJN retoma las pruebas disponibles en el expediente judicial, a fin de (i) validar la existencia de un acuerdo de gestación por sustitución, en el cual (ii) concurren las voluntades de las partes, con base en el consentimiento libre e informado, siendo que aquel acuerdo concluyó con (iii) el nacimiento de un bebé, respecto a quien los padres intencionales solicitan su registro ante la autoridad competente. En el marco de esta discusión, la SCJN también aborda, aunque de manera algo desarticulada, aspectos relevantes de los derechos humanos de la mujer gestante, a la que llama “madre gestante”.

En palabras del máximo tribunal mexicano, para la consecución de un proceso de gestación por sustitución “es necesaria la concurrencia de la voluntad de la madre gestante, la cual debe estar libre de vicios, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio, que garantice su libre desarrollo de la personalidad”.⁴⁰ A mayor profundidad, la propia corte continuó sosteniendo que, según ha establecido reiteradamente el Pleno,

...el libre desarrollo de la personalidad es un derecho humano personalísimo, derivado de la dignidad humana, por el cual todo individuo puede elegir en forma libre y autónoma su proyecto de vida, sin coacción ni controles injustificados, con el fin de cumplir las metas u objetivos que se ha fijado, de acuerdo con sus valores, ideas, expectativas, gustos, etcétera y asimismo, esta Sala ha establecido que desde el punto de vista externo, el derecho le da cobertura a una genérica libertad de acción que permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad; y desde una perspectiva interna, protege una esfera de privacidad del individuo contra incursiones externas que permitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal [nota omitida]; y como cualquier derecho fundamental, tiene su límite en los derechos de terceros y el orden público [nota omitida].

En consecuencia, debe considerarse que la mujer que por su libre voluntad accede a ayudar a quienes no pueden convertirse en padres biológicos de un hijo a realizar ese propósito, lo hace en ejercicio del libre desarrollo de su personalidad.⁴¹

Sin duda, es difícil inferir conclusiones precisas de un par de párrafos que se presentan como un *obiter dicta* en una sentencia judicial. No obstante,

caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012, pp. 31-63.

⁴⁰ SCJN, Amparo en Revisión 553/2018..., *cit.*

⁴¹ *Ibidem*, párrs. 33 y 34.

es plausible al menos considerar las implicaciones que esta línea de argumentación tendría en relación con los modelos jurídico-políticos y de intervención estatal que se han detallado en secciones previas. Sin minimizar la relevancia de las referencias al consentimiento libre e informado en la propia sentencia de la SCJN, el peso argumentativo del (alegado) derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin una individualización más detallada de las condiciones de la mujer gestante o del contexto social mexicano, parece corresponder más bien a un modelo fuertemente liberal, con una intervención estatal mínima.

Tal como se destacó, ésta es, sin duda, una opción jurídicamente viable. Sin embargo, es importante tomar conciencia de sus implicaciones, particularmente atendiendo a la realidad socioeconómica de México. La vulnerabilidad en la que han sido situadas millones de mujeres merece, al menos, una discusión amplia y reflexiva sobre el modelo normativo más adecuado para asegurar la tutela de todas las personas, incluyendo las mujeres gestantes. Salvaguardando los aspectos claramente garantistas de la sentencia en comento, la lógica con la que se argumentan los derechos de las mujeres gestantes podría tener consecuencias o efectos inesperados o imprevistos, tal como ha sucedido con otras decisiones judiciales tanto a nivel nacional como internacional. Por eso es importante contar con una discusión integral sobre las implicaciones de la gestación por sustitución en la forma de concebir los derechos humanos y las obligaciones estatales respectivas.

VI. CONCLUSIONES

Los debates en materia de derechos humanos que rodean los acuerdos de gestación por sustitución han estado marcados por preguntas complejas, que se agudizan por la falta de marcos normativos precisos. La actuación de los tribunales nacionales o internacionales ha subsanado, en alguna medida, el impacto que los vacíos o lagunas jurídicas generan en el ejercicio de los derechos humanos. Sin embargo, la constante judicialización de estos problemas no representa una solución integral a la cuestión. Es necesario que se continúe reflexionando sobre la mejor forma de alcanzar un marco jurídico internacional o, al menos, una mayor armonización entre los sistemas jurídicos nacionales, de manera que se potencie el ejercicio de los derechos en un contexto de mayor seguridad jurídica.

Para tales fines, se destacó la importancia de analizar la lógica que subyace a las decisiones estatales que impactan el ejercicio de los derechos humanos, en relación con la gestación por sustitución. Según se propuso, es posible

concebir tres modelos o arquetipos diferenciados de intervención estatal, que pueden servir como guía para el análisis, a saber: *i*) el modelo protector-prohibicionista; *ii*) el modelo protector-regulatorio, y *iii*) el modelo garantista. Cualquiera de estos modelos presenta retos importantes, ya sea por los efectos no deseados o no previstos en el ejercicio de los derechos (particularmente por lo que toca al modelo de intervención protectora-prohibicionista), o por la complejidad que implica organizar todo el aparato gubernamental a fin de asegurar el libre ejercicio de los derechos, en contextos socioeconómicos complejos. En todo caso, la falta de discusión sobre la mejor forma de avanzar en la protección de los derechos, en consonancia con uno o varios de estos modelos, puede generar aún más conflictos o problemas. Asumir frontalmente el debate es el primer paso para encontrar soluciones normativas que respondan, de la mejor manera posible, a una realidad tan compleja como cambiante.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 2, 2017.
- COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, *Observación General No. 16. Derecho a la intimidad (artículo 17)*, 28 de septiembre de 1998, disponible en: https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=INT%2fCCPR%2fGEC%2f6624&Lang=en.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, “Primeras implicaciones del caso Radilla”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 26, junio-diciembre de 2012.
- DONNELLY, Jack, *Universal Human Rights in Theory and Practice*, 3a. ed., Ithaca, Cornell University Press, 2013.
- HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HEVIA, Martín, “Liberalismo y gestación por sustitución”, en CERDIO, Jorge *et al.* (coords.), *Entre la libertad y la igualdad. Ensayos críticos sobre la obra de Rodolfo Vázquez*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, t. I.
- SALAZAR, Pedro *et al.*, *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República, Instituto Belisario Domínguez, 2014.
- STARK, Barbara, “Transnational Surrogacy and International Human Rights Law”, *ILSA. Journal of International and Comparative Law*, vol. 18, 2011-2012.

- TOBIN, John, “To Prohibit or Permit: What is the (Human) Rights Response to the Practice of International Commercial Surrogacy”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 63, núm. 2, 2014.
- TRIMMINGS, Katarina y BEAUMONT, Paul Reid, “Recent Jurisprudence of the European Court of Human Rights in the Area of Cross-Border Surrogacy: Is there Still a Need for Global Regulation of Surrogacy”, en BIAGIONI, G. e IPPOLITO, F. (eds.), *Migrant Children in the XXI Century: Selected Issues of Public and Private International Law*, Editoriale Scientifica, 2016.
- VÁZQUEZ, Luis Daniel y SERRANO, Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Entre la libertad y la igualdad. Introducción a la filosofía del derecho*, 4a. ed., México, Trotta, 2016.

CAPÍTULO TERCERO

CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN TORNO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Isabel FULDA GRAUE
Rebeca RAMOS DUARTE
Regina TAMÉS NORIEGA

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Regular o prohibir*. III. *Condiciones de acceso*. IV. *Carácter gratuito u oneroso de la práctica*. V. *Interés superior del niño*. VI. *Participación de intermediarios*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución o gestación subrogada es un tema complejo, en cuyo análisis se debe tomar en cuenta la posibilidad de que existan abusos, ante contextos de importantes desigualdades entre las partes. Esto lleva a los Estados a tomar una postura con respecto a cuestiones controvertidas, que van desde la decisión de prohibir o permitir la figura hasta decidir si se trataría de acuerdos gratuitos u onerosos, pasando por la regulación de las condiciones de acceso, la participación de intermediarios y la forma de prevenir posibles conflictos de interés, entre otros.

El mercado cada vez más creciente de la gestación subrogada en el mundo obliga a entablar una discusión compleja acerca de los derechos de las partes involucradas, el consentimiento informado, la filiación, los desafíos para el derecho internacional, entre otros aspectos del tema. Ante este difícil panorama, el Estado deberá garantizar una protección efectiva de los derechos humanos de todas las personas intervinientes. En definitiva, la gestación subrogada implica cuestiones que aún no cuentan con respuestas claras desde el marco de los derechos humanos ni de los feminismos y que deben ser resueltas a nivel internacional y doméstico para evitar patrones de abuso, explotación y violaciones a derechos humanos.

En su trabajo, el GIRE ha documentado las violaciones a derechos humanos relacionadas con la práctica de la gestación subrogada en México:¹ ausencia de contratos, abusos por parte de clínicas y agencias, negación de documentos de identidad a las niñas y los niños nacidos a partir de estos acuerdos, criminalización de las mujeres gestantes, entre otras. Algunos de estos patrones existían bajo el marco jurídico mínimo que establecía, desde 1997, el Código Civil para el Estado de Tabasco y que tan sólo contemplaba la posibilidad de registrar a menores nacidos a raíz de contratos de gestación subrogada. Otros surgieron o se reforzaron como consecuencia de la reforma a dicho código en enero de 2016, que estableció elementos importantes que podrían contribuir a proteger los derechos de las partes (como la revisión de los contratos por un juez), pero introdujo disposiciones problemáticas que, en términos generales, han dejado en un mayor estado de vulnerabilidad a quienes participan en estos acuerdos, en particular las mujeres gestantes. Así, la situación actual en México es una en la que dos entidades —Tabasco y Sinaloa— regulan de manera deficiente la gestación subrogada en su legislación civil. Mientras tanto, a nivel federal persiste una ausencia de regulación con respecto a las TRHA, procedimientos que resultan muy relevantes para quienes participan en acuerdos de gestación por contrato.

La regulación doméstica de la gestación por sustitución requiere tomar en cuenta cuestiones controvertidas que deben ser evaluadas desde una perspectiva de género y de derechos humanos, así como considerar las obligaciones internacionales que pudieran relacionarse con dicha regulación, las experiencias de derecho comparado de otros países en la materia y los efectos que unas u otras definiciones pudieran tener a nivel transfronterizo. De lo contrario, se corre el riesgo de establecer regulaciones discriminatorias, insuficientes para prevenir abusos o que contribuyan a favorecer situaciones de explotación o violaciones a derechos humanos para las partes involucradas. Más allá de prohibir de manera absoluta o de permitir sin restricciones, las cuestiones controvertidas a definir en una regulación con respecto a la gestación subrogada son diversas. En este capítulo se desarrollarán algunas de las que se consideran más relevantes, reconociendo que no constituyen una lista exhaustiva.

¹ Los principales insumos utilizados para este texto son resultado de la labor del GIRE, gran parte de los cuales han sido plasmados en el informe *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación* (México, 2017, disponible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>).

II. REGULAR O PROHIBIR

Durante décadas, el debate en torno a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes consideran que es una práctica inherentemente coercitiva y que, por lo tanto, debe ser rechazada en todas sus formas,² y quienes piensan que, si bien existen protecciones importantes a considerar para asegurar el consentimiento de las partes (principalmente de las mujeres gestantes) y evitar abusos, el respeto a los derechos humanos —en particular la agencia de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo—, así como la evidencia existente con respecto a los efectos de esquemas prohibitivos, obligan a buscar una manera de reconocerla jurídicamente.³ La primera postura busca prohibir la práctica con miras a su abolición, lo que, incluso, podría suponer penalizarla. La segunda opta por regularla, aunque el contenido de dicha regulación puede variar enormemente.

Una de las principales preocupaciones que se han expresado desde posturas feministas con respecto a la gestación subrogada son las condiciones de desigualdad en que las mujeres gestantes tienden a acceder a estos acuerdos y el efecto que esto puede tener sobre su capacidad para decidir participar en ellos.⁴ Sin duda, los contextos culturales, económicos y sociales en los que suele llevarse a cabo esta práctica no deben desconocerse, particularmente en relación con acuerdos transfronterizos, en los que quienes comisionan el embarazo generalmente tienen un mayor poder adquisitivo que quien accede a gestar, lo cual puede derivar en abusos importantes.

Sin embargo, prohibir la práctica no necesariamente es una medida efectiva para hacerla desaparecer. En el mejor de los casos, la correcta implementación de una legislación prohibitiva podrá “hacer desaparecer” la práctica

² Para posturas representativas de esta perspectiva, véanse Corea, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londres, The Women's Press Ltd., 1988; Anderson, Elizabeth S., “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2000, pp. 19-26.

³ Para algunas propuestas de regulación desde una perspectiva feminista, véanse Bailey, Alison, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia*, vol. 26, núm. 4, 2011, pp. 715-741; Walker, Ruth y Van Zyl, Liezl, *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*, Londres, Palgrave MacMillan UK, 2017.

⁴ Para un panorama general sobre este tipo de perspectivas, véanse Wilkinson, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, vol. 17, núm. 2, 2003, pp. 169-187; Kirby, Jeffrey, “Transnational Gestational Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?”, *American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm. 5, 2014, pp. 24-32; Wertheimer, Alan, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1992, pp. 211-239.

en cierto país, pero provocará el movimiento de la misma a otros países o regiones, con instituciones más débiles y falta de protecciones a las partes del acuerdo.⁵ En países como México, con sistemas de justicia deficientes y debilidades institucionales importantes, la prohibición, además de llevar a la posible criminalización de las partes que participan en estos acuerdos, fomentaría que se ofreciera en la clandestinidad. En tales circunstancias, el Estado no tendrá posibilidad de proteger a las partes, de supervisar las condiciones de consentimiento de los contratos o de asegurar que la actuación de los intermediarios se efectúe respetando la ley y los derechos humanos.

La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida cuestionable por su relación con estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, así como por el mensaje que envía por parte del Estado acerca de la capacidad de las mujeres para tomar decisiones sobre su vida privada, sino que ha probado ser inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes relacionados con la práctica. En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres y los niños nacidos de estos acuerdos, favorece su persecución y la aparición de nuevos patrones de abuso.

El caso de Camboya es un ejemplo claro de dicho efecto: al convertirse en un “nuevo” destino de gestación subrogada internacional tras las restricciones impuestas en India, Tailandia y Nepal para el acceso a extranjeros a acuerdos remunerados de este tipo, el Ministerio de Salud publicó una directriz que establecía la suspensión provisional de la práctica y su equiparación con el tráfico de personas.⁶ Dicha directriz, que en teoría buscaba evitar los abusos relacionados con la práctica y, en particular, la “protección” de las mujeres gestantes, llevó en 2017 al arresto de más de treinta mujeres gestantes que participaban en acuerdos de gestación subrogada, que fueron final-

⁵ Algunos autores, activistas y organizaciones han sido muy críticos con respecto al efecto que han tenido legislaciones prohibitivas en Estados del “norte global” para fomentar la práctica a nivel transfronterizo en países donde la aparición de abusos y violaciones a derechos humanos es frecuente. Algunos, incluso, han llamado a reconsiderar estos esquemas prohibitivos como una medida para disminuir los efectos permisivos de la gestación por sustitución transfronteriza. Véanse, por ejemplo, Kristinsson, Sigurður, “Legalizing Altruistic Surrogacy in Response to Evasive Travel? An Icelandic Proposal”, *Reproductive Biomedicine and Society Online*, vol. 3, diciembre de 2016, pp. 109-119; Johnson, Louise *et al.*, “Barriers for Domestic Surrogacy and Challenges of Transnational Surrogacy in the Context of Australians Undertaking Surrogacy in India”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 22, núm. 1, 2014, pp. 136-154; Lozanski, Kristin, “Transnational Surrogacy: Canada’s Contradictions”, *Social Science and Medicine*, vol. 124, núm. C, 2015, pp. 383-390.

⁶ Taylor, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, núm. 876, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95766. Véase también la sección IV del capítulo séptimo de este libro.

mente liberadas en diciembre de 2018 bajo la condición de que aceptaran criar a los niños surgidos de dichos acuerdos como propios.⁷

El reconocimiento de la capacidad de agencia de las mujeres, aun en contextos de pobreza o desigualdad, debe llevar a una regulación cuidadosa por parte de los Estados, que tenga como centro la garantía del consentimiento informado de las mujeres gestantes y la prevención de abusos y que no derive en consecuencias como las observadas en el caso de Camboya, violatorias de los derechos de todas las partes, en particular las mujeres y los recién nacidos.

Una adecuada regulación de la gestación subrogada puede contribuir a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en especial las mujeres gestantes, que son más vulnerables a abusos en contextos desregulados o prohibitivos. Los estándares de derechos humanos establecidos a nivel internacional implican la obligación de los Estados de encontrar regulaciones que no impliquen formas de discriminación hacia los padres intencionales y que garanticen los derechos de los niños nacidos a partir de estos acuerdos.

En la práctica, las diferentes respuestas de los Estados con respecto a la gestación por sustitución se ubican en un espectro entre la prohibición absoluta y la permisividad sin límites. A esto se le suma el hecho de que, aunque en la mayoría de los casos los marcos normativos relacionados con estos acuerdos se definen a nivel nacional, en países federales, como México, Australia y Estados Unidos, estas definiciones se realizan por región o estado, lo que da lugar a marcos normativos diversos dentro de un mismo país.

III. CONDICIONES DE ACCESO

La definición sobre quiénes pueden acceder a un acuerdo de gestación por sustitución es una de las discusiones más relevantes cuando un Estado busca dar respuesta a esta práctica. La identificación de patrones comunes de abuso, particularmente en acuerdos de gestación subrogada transfronterizos, ha llevado a la búsqueda de soluciones que protejan a todas las partes involucradas en el proceso mediante restricciones al acceso tanto para quienes deseen ser padres intencionales como para las mujeres que aceptan gestar para ellos. Sin embargo, de manera frecuente, estos esfuerzos han derivado en el establecimiento de requisitos o propuestas que, lejos de contribuir a resolver problemas, resultan arbitrarios y discriminatorios.

⁷ Lynam, Eleanor, “Cambodia Releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_140307.

A pesar de que las restricciones impuestas para acceder a la práctica comúnmente buscan justificarse bajo el argumento de “proteger” a las mujeres gestantes o a las personas nacidas a partir de estos acuerdos, suelen esconder prejuicios discriminatorios o, simplemente, no son la vía idónea para lograr este objetivo. Por ejemplo, el requisito de que la parte contratante sea una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en el derecho comparado. En México, por ejemplo, el artículo 283 del Código Familiar del Estado de Sinaloa se refiere al padre y madre subrogados como quienes están autorizados para llevar a cabo un contrato con una mujer gestante, por lo que se establece una discriminación implícita a las parejas del mismo sexo o las personas solteras que busquen formar parte de estos acuerdos.

Al respecto, cabe señalar que la Primera Sala de la SCJN mexicana emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, en la que determinó lo siguiente:

...la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear.⁸

Dicha resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de TRHA. Con base en este precedente, la tesis sobre voluntad procreacional de junio de 2018⁹ y el artículo 1o. de la CPEUM, las autoridades están obligadas a reconocer los diferentes tipos de familia sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de diferente sexo o personas solteras.

Por otro lado, en Israel, la gestación subrogada se encuentra permitida desde hace más de veinte años, con la limitación de que quienes accedan a ella sean parejas casadas compuestas por un hombre y una mujer. Esta restricción fue cuestionada en julio de 2018, cuando el Parlamento aprobó una

⁸ Tesis 1a./J. 8/2017 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, bajo el rubro “DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO”, disponible en: <http://bit.ly/2jxqRVn>.

⁹ Tesis 1a. LXXVIII/2018 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 55, t. II, junio de 2018, p. 980, bajo el rubro “VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA”, disponible en: <https://bit.ly/2HyYcgt>.

nueva ley,¹⁰ en virtud de la cual también pueden celebrar dichos acuerdos mujeres solteras que, por razones médicas, no puedan llevar a término un embarazo. Esta reforma, sin embargo, no consideró a parejas del mismo sexo, a hombres solteros ni a mujeres que no puedan acreditar dicho impedimento, lo que dio lugar a importantes movilizaciones de rechazo, entre otros, por parte de la comunidad LGBT. Dichas poblaciones, históricamente excluidas de la legislación doméstica israelí con respecto a la gestación por sustitución, han tendido a viajar a otros destinos sin dichas restricciones, lo cual en ocasiones ha derivado en problemas de registro de los menores o escándalos de abuso hacia las mujeres gestantes.¹¹

Asimismo, en algunos Estados que se han convertido en destinos internacionales para realizar esta práctica, se ha decidido limitar el acceso únicamente a nacionales o residentes habituales del país donde se lleva a cabo el acuerdo, como es el caso de Tabasco a partir de la reforma a su código civil en enero de 2016 y de países como India, Nepal y Tailandia, que durante años fueron importantes destinos de gestación por sustitución transfronteriza. En el caso de México, la reforma a la legislación de Tabasco y, en particular, la falta de claridad acerca de los acuerdos ya existentes al momento de la modificación legislativa han tenido como consecuencia no solamente la negación del registro de menores nacidos de padres intencionales no mexicanos —aun en casos en los que sus contratos eran anteriores a la reforma legislativa de 2016—, sino también acusaciones penales en contra de mujeres gestantes por delitos como tráfico de menores.¹²

Pese a que estas restricciones en general pretenden prevenir los abusos identificados alrededor de la gestación subrogada en el contexto internacional, la experiencia señala que, además de ser discriminatorias, no resuelven los problemas estructurales identificados en la práctica y, de hecho, pueden tener efectos no deseados, como la estigmatización y persecución de personas extranjeras. En todo caso, un requisito de residencia habitual¹³ o el establecimiento de visados específicos para acceder a dichos acuerdos, como se

¹⁰ Para más información acerca del caso de Israel, véase la sección III del capítulo sexto de la presente obra.

¹¹ Véanse, por ejemplo, GIRE, *op. cit.*, p. 53, o Kamin, Debra, “Israel Evacuates Surrogate Babies from Nepal but Leaves the Mothers Behind”, *Time*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://time.com/3838319/israel-nepal-surrogates/>.

¹² GIRE, *op. cit.*, p. 52.

¹³ En este sentido, véase Alborno, 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, p. 179, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.

planteó en India durante un tiempo, podrían responder a este objetivo sin suponer discriminaciones injustificadas.

A pesar de que la mayoría de las restricciones de acceso establecidas en las regulaciones se dirigen a quién puede actuar como la parte contratante, los diferentes Estados que contemplan algún tipo de esquema de gestación por sustitución también han señalado ciertas restricciones relacionadas con las mujeres que pueden actuar como gestantes en este tipo de acuerdos. La mayoría de estos requisitos —mayoría de edad, certificado de buena salud o de un embarazo sano previo, límites a la participación repetida o continua en este tipo de acuerdos— se basan en la idea de asegurar el consentimiento informado y disminuir los riesgos médicos para las mujeres gestantes y no necesariamente suponen algún tipo de discriminación. Otros, sin embargo, como la autorización por parte de sus parejas o la determinación de que deban estar casadas, resultan cuestionables desde una perspectiva de género y derechos humanos.

En general, cualquier tipo de restricción establecida para acceder a un acuerdo de gestación subrogada debe estar claramente justificada por el Estado, a fin de garantizar que sea razonable, proporcional y la mejor vía para proteger los derechos humanos de todas las partes. En particular, el acceso a la gestación subrogada no debe limitarse por razones de sexo, estado civil, orientación sexual o nacionalidad. Otros requisitos, como la edad o la residencia habitual, deben ser claramente argumentados en la normativa aplicable como la mejor vía para proteger derechos. De otro modo, aquéllos podrían ser declarados violatorios de derechos humanos por cortes supremas nacionales u órganos jurisdiccionales y no jurisdiccionales de derechos humanos a nivel internacional.

IV. CARÁCTER GRATUITO U ONEROSO DE LA PRÁCTICA

La retribución económica a las mujeres gestantes es uno de los elementos más controversiales alrededor de la práctica de la gestación subrogada. Esta discusión se ha traducido en una gran variedad de regulaciones alrededor del mundo que limitan, prohíben o permiten diferentes formas de remuneración para las mujeres gestantes.

Así, quienes critican que exista una compensación económica tienden a argumentar que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja —considerando, en particular, el riesgo físico en el que incurren no sólo por el embarazo, sino también por los procedimientos médicos previos a los que

deben someterse— que constituye una forma de explotación, así como una mercantilización de sus cuerpos que no debería ser permitida.¹⁴ Por otro lado, se argumenta que, dado que la retribución económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, el pago las induce a aceptar e invalida o pone en duda su consentimiento.¹⁵ De acuerdo con estas perspectivas, la remuneración en casos de gestación subrogada no debería permitirse e, incluso, su existencia debería sancionarse penalmente.

Aunado a lo anterior, existe entre quienes cuestionan el establecimiento de pagos a las mujeres gestantes una preocupación acerca de la posibilidad de que dicha remuneración encuadre en la definición de venta de niños prevista en el Protocolo facultativo de la CDN relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.¹⁶ Este instrumento establece en el inciso *a* de su artículo 2o. lo siguiente: “Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución”. Las interpretaciones acerca de lo que dicha definición puede significar para la gestación subrogada son diversas.

Entre las posturas que se plantean, existen quienes defienden que la obligación de prevenir y erradicar la venta de niños debe llevar a prohibir y penalizar los acuerdos de gestación subrogada que no sean estrictamente altruistas, al menos como se practican actualmente en la mayoría de los países que los permiten.¹⁷ En cambio, otros plantean que, dado que el objetivo

¹⁴ Satz, Debra, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.

¹⁵ Para un análisis de este argumento en contraste con el de la explotación, véase MacKlin, Ruth, *Surrogates & Other Mothers: The Debates over Assisted Reproduction*, Filadelfia, Temple University Press, 1994, especialmente capítulo 3, “Conflicting Views about Surrogacy”.

¹⁶ Después de recibir las primeras diez ratificaciones necesarias para su entrada en vigor, el Protocolo se convirtió en un documento jurídicamente vinculante el 18 de enero de 2002. Desde entonces, más de cien países, incluido México, han firmado y ratificado el documento. ONU, Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, Resolución A/RES/54/263, Nueva York, 25 de mayo de 2000, disponible en: <https://bit.ly/2CKiT0C>.

¹⁷ Smolin, David M., “Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2016, pp. 265-344, disponible en: http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin_Final-no-ICR.pdf. La relatora especial de la ONU sobre la venta y la explotación sexual de niños, Maud de Boer-Buquichio, ha apoyado este mismo argumento. Véase ONU, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60,

de esta remuneración no se relaciona con causar daño o explotación a los menores y la gestación subrogada no se encontraba contemplada en la redacción del Protocolo facultativo o la CDN, se le debe considerar como una situación excepcional que no configura venta de menores o, en su caso, se deben establecer esquemas de pago que logren separar la remuneración por los servicios de gestación, de la entrega del menor y la transferencia o la determinación de filiación.¹⁸

En este último sentido, es importante considerar el reciente Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, que expresa una preocupación acerca de la posibilidad de que la gestación por sustitución remunerada, como es practicada actualmente en la mayoría de los países, constituye una venta de niños conforme a la definición prevista a nivel internacional y específicamente en el Protocolo facultativo mencionado con anterioridad.¹⁹ El documento añade que cierto tipo de gestación subrogada remunerada —con esquemas de pago específicos y, sobre todo, uno en el que la mujer gestante se considere la madre legal al nacer y los contratos no resulten vinculantes— podría ser compatible con el Protocolo facultativo. En tanto no se pueda asegurar este modelo específico, establece que los Estados deben prohibir la gestación por sustitución “comercial”.²⁰

En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de un pago por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante²¹ y afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica compensar el servicio que proveen, más allá del pago de procedimientos médicos o gastos estrictamente relacionados con el embarazo, y que la ausencia de un pago es —de hecho— aquello que constituiría una forma de explotación. Bajo esta perspectiva, si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene que realizarse necesariamente de forma altruista.

Nueva York, 15 de enero de 2018, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.

¹⁸ Para ejemplos de estas perspectivas, véanse Humbyrd, Casey, “Fair Trade International Surrogacy”, *Developing World Bioethics*, vol. 3, núm. 9, 2009, pp. 111-118; Snyder, Steven H., “Reproductive Surrogacy in the United States of America”, en Sills, E. Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016, pp. 276-286.

¹⁹ ONU, “Informe de la relatora especial...”, *op. cit.*, p. 13, párr. 41.

²⁰ *Ibidem*, p. 21, párr. 75.

²¹ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.

Esta noción está reflejada en marcos normativos como el de California,²² en donde se acepta que la mujer gestante reciba una compensación económica por participar en un acuerdo de este tipo. La misma es considerada como una forma de pago por un servicio prestado, y se determina por las partes en un contrato. En contraste, en jurisdicciones como Reino Unido²³ y Australia²⁴ se establece que los acuerdos deben ser “altruistas”, aunque en la práctica las mujeres no solamente reciben reembolsos por gastos del embarazo, sino también una compensación por su tiempo, molestias y otras consideraciones.

Una mirada adicional al debate sobre el carácter gratuito u oneroso de la gestación por sustitución, efectuada tanto desde una perspectiva feminista como desde la perspectiva de los derechos de la infancia, permite subrayar la importancia de considerar los efectos que podría tener una legislación que sólo permitiera la práctica con carácter “altruista”. Así, establecer un requisito de gratuidad, tanto en la legislación como en los contratos en sí que se lleven a cabo, lejos de proteger a las partes o evitar la existencia de pagos, puede incentivar que la práctica se realice en la clandestinidad. En otros términos, seguirían existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar recurso legal alguno para exigir su cumplimiento.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

A pesar de la variedad de actitudes estatales acerca de la gestación subrogada a nivel mundial, hay ciertos derechos ya reconocidos en los tratados internacionales que no pueden ser vulnerados a las personas menores de edad por prohibiciones o restricciones establecidas por la legislación o, en su caso, por los tribunales, en especial el derecho a la identidad. Dos casos resueltos por el TEDH en contra de Francia tratan de manera particular esta cuestión.²⁵ En ambos casos, el Estado francés había negado el registro

²² Para más información, véase la sección VI del capítulo sexto de la presente obra.

²³ Véase la sección II del capítulo séptimo de este libro.

²⁴ Véase la sección III del capítulo séptimo de este libro.

²⁵ TEDH, Sección 5a., *Menesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D>; TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>.

de menores de edad nacidos en el extranjero tras acuerdos de gestación por sustitución, ya que éstos se encontraban prohibidos de manera absoluta en Francia. En respuesta, el TEDH basó sus argumentos en el interés superior de los niños para establecer que, si bien países como Francia pueden prohibir la práctica como medida de política pública, no pueden utilizar dicha prohibición para negar los derechos de los niños nacidos de estos acuerdos a la identidad, negando el vínculo *de facto* que existe entre los menores involucrados y sus padres intencionales.²⁶

En cuanto a México, la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco que estableció la prohibición de que las personas y parejas no mexicanas participen en acuerdos de gestación subrogada tuvo como consecuencia la negación por parte del Registro Civil de documentos de identidad para recién nacidos, con el argumento de que ya no se permitía el acceso a la práctica para estas personas (a pesar de que la mayoría de dichos contratos eran anteriores a la nueva legislación).²⁷

En este sentido, es preciso subrayar que la variedad de legislaciones alrededor del mundo con respecto a la gestación subrogada no puede en modo alguno justificar la violación del derecho a la identidad de niños y niñas nacidos a raíz de estos acuerdos. Para ello, los esfuerzos internacionales, particularmente por parte de la HCCH, pueden contribuir a encontrar la manera de proteger el interés superior de los niños, aun en un contexto de marcos normativos diversos e, incluso, contradictorios con respecto al tema.²⁸

VI. PARTICIPACIÓN DE INTERMEDIARIOS

Los acuerdos de gestación subrogada, particularmente si son transfronterizos, suelen suponer la presencia de una serie de intermediarios: personal de salud, agencias que sirven como vínculo entre padres intencionales y mujeres gestantes, despachos jurídicos, entre otros. La existencia de dichos intermediarios generalmente es necesaria e inevitable; al mismo tiempo, en muchas ocasiones, los abusos y violaciones a derechos humanos se llevan a cabo por parte de dichos intermediarios, con la anuencia del Estado.

Un elemento importante por considerar con respecto a los intermediarios son los posibles conflictos de interés en los que comúnmente se ven in-

²⁶ Para conocer más acerca de la jurisprudencia del TEDH en casos de gestación por sustitución, véase el capítulo décimo de este libro.

²⁷ GIRE, *op. cit.*, pp. 25 y 31-33.

²⁸ Para conocer las labores que se realizan a nivel internacional en esta dirección, véase el capítulo decimoquinto de la presente obra.

volucrados quienes brindan servicios a las mujeres gestantes: dado que el personal que provee servicios de salud, de asistencia legal o de asesoría psicológica a las mujeres gestantes es financiado directamente por los padres intencionales, no existe una garantía real de que su apoyo será imparcial y profesional. De acuerdo con la Federación Internacional de Ginecología y Obstetricia (FIGO), el asesoramiento médico y jurídico independiente en un contrato de gestación subrogada es esencial para asegurarse de que todas las partes sean conscientes de sus responsabilidades y derechos.²⁹ Esto supone que las mujeres gestantes deben tener acceso, al menos, a servicios de salud y de asesoría jurídica que no dependan directamente de los padres intencionales y con los que puedan tener una relación confidencial, incluso a través mecanismos alternativos de solución de controversias, como la mediación, o el acceso por parte de las mujeres gestantes a asesoría jurídica gratuita para la revisión, firma y seguimiento de sus contratos, así como servicios de salud públicos de calidad.

Otra posibilidad que se debe considerar —en especial en contextos en los que no se pueda asegurar que los servicios públicos sean de una calidad aceptable— sería la de proporcionar a las mujeres gestantes un seguro médico privado o un fondo con el que ellas puedan elegir sus proveedores de servicios de salud, en lugar de que éstos sean seleccionados y controlados exclusivamente por los padres intencionales o por las agencias que actúan como intermediarias entre las partes.

La experiencia de México es ilustrativa en este sentido. De acuerdo con testimonios recabados por el GIRE, las narraciones de algunas mujeres que han participado en acuerdos de gestación subrogada dan cuenta de que, en la práctica, el derecho a la información no se respeta ni se garantiza. La explicación del contrato, en caso de que la haya, suele realizarla el mismo personal jurídico de la agencia o de la clínica, que actúa también como asesor legal de los padres intencionales.³⁰ Esto representa un conflicto de interés importante. La mayoría de las mujeres gestantes no tiene una copia de su contrato, no lo conoce e, incluso, ni siquiera tuvo forma de participar en la negociación de los términos de éste. Además, en algunos casos las agencias han obstaculizado la comunicación directa entre ambas partes del contrato, asegurándole a cada una que no hay un interés de contacto por parte de la

²⁹ FIGO, *Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología*, Londres, Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana, octubre de 2012, disponible en: <https://bit.ly/2Tew2sB>.

³⁰ Véanse Fulda, Isabel y Tamés, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en Davies, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017, pp. 262-274; GIRE, *op. cit.*, pp. 28-31.

otra. De esta forma, dichas agencias impiden que se conozcan y descubran alguna eventual irregularidad, en particular con respecto a los pagos realizados. Asimismo, la falta de claridad y de información completa acerca del tipo de obligaciones y responsabilidades que las mujeres gestantes asumen al firmar el contrato, en muchas ocasiones, es facilitada por la actuación de las notarías públicas que intervienen y los despachos jurídicos que representan a los padres intencionales. Dado que la mayoría de las mujeres gestantes no cuenta con sus contratos, no tienen forma de probar la relación contractual en caso de abandono o incumplimiento de las obligaciones comprometidas por parte de los padres intencionales.³¹

Independientemente de las condiciones en las que se permita la celebración de contratos o acuerdos de gestación subrogada y de la regulación que pueda existir con respecto a los intermediarios, garantizar el consentimiento informado de las mujeres gestantes es, sin duda, un reto al que los Estados deben prestar especial atención. Para ello, las disposiciones legales con respecto a los contratos —por ejemplo, acerca de la posibilidad de las mujeres gestantes de interrumpir un embarazo o de tomar decisiones acerca de su control prenatal y las condiciones de su parto— son cruciales. En México, la reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco publicada en 2016 introdujo un cambio importante sobre esta cuestión: la obligación de que un juez vigile y apruebe el contenido del contrato. La intervención de una autoridad jurisdiccional que vigile tanto la legalidad como el consentimiento de las partes, a diferencia de la simple certificación por parte de un notario público, podría contribuir a evitar situaciones de abuso y explotación.

VII. CONCLUSIONES

La discusión en torno a las cuestiones controvertidas de la gestación subrogada debe considerar la posibilidad de abusos ante contextos de desigualdad importantes, documentados ampliamente tanto en México como en otras regiones del mundo. Sin embargo, el establecimiento de prohibiciones legales, ya sean de carácter civil o, incluso, penal, lejos de eliminar la práctica o sus consecuencias, contribuye a situar a las partes en un estado de mayor vulnerabilidad, al tiempo que envía un mensaje por parte del Estado con respecto a las decisiones que pueden tomar las mujeres sobre su vida privada. Por estas razones se considera que, ante el panorama existente, se requiere una regulación clara en la materia, que evite establecer disposiciones discrimina-

³¹ Esto es claro, por ejemplo, en el caso de Lisa acompañado por el GIRE. Véase GIRE, *op. cit.*, pp. 28 y 50.

torias o situar a las partes en una mayor situación de vulnerabilidad bajo el argumento de “protegerlas”, pero que reconozca también las complejidades de la práctica.

La gestación subrogada implica el ejercicio de ciertos derechos humanos, entre ellos el derecho a la salud, a fundar una familia, a la igualdad, a la no discriminación, a la vida privada, a la autonomía reproductiva, a beneficiarse del progreso científico y a la identidad. El respeto a la autonomía reproductiva de las mujeres implica el reconocimiento de su capacidad de agencia, sin desconocer las complejidades de garantizar un verdadero consentimiento informado en situaciones de desigualdad. Al mismo tiempo, los compromisos adquiridos en materia de derechos humanos garantizan que las determinaciones establecidas en cuanto a cuestiones controvertidas no resulten discriminatorias o afecten los derechos de la infancia.

En el contexto de la gestación por sustitución, estas consideraciones deben llevar a un compromiso por encontrar regulaciones domésticas e internacionales que garanticen que dichos acuerdos puedan ejercerse en las mejores condiciones posibles para todas las partes. Para ello, es esencial que se escuche la voz de aquellas personas directamente involucradas en el proceso, cuyas experiencias, motivaciones e intereses deberían dar luz a las discusiones teóricas y prácticas sobre el tema. Sin ello, se corre el riesgo de establecer “protecciones” basadas en intuiciones morales, cuyas consecuencias negativas sean enfrentadas, precisamente, por aquellas personas cuyos derechos se buscaba garantizar.

VIII. 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: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ANDERSON, Elizabeth S., “Why Commercial Surrogate Motherhood Unethically Commodifies Women and Children: Reply to McLachlan and Swales”, *Health Care Analysis*, vol. 8, núm. 1, marzo de 2000.
- BAILEY, Alison, “Reconceiving Surrogacy: Toward a Reproductive Justice Account of Indian Surrogacy”, *Hypatia*, vol. 26, núm. 4, 2011.
- COREA, Gena, *The Mother Machine: Reproductive Technologies from Artificial Insemination to Artificial Wombs*, Londres, The Women’s Press Ltd., 1988.

- CORNELL LAW SCHOOL. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS POLICY ADVOCACY CLINIC y NATIONAL LAW UNIVERSITY, DELHI, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.
- FIGO, *Recomendaciones sobre temas de ética en obstetricia y ginecología*, Londres, Comité para el Estudio de los Aspectos Éticos de la Reproducción Humana, octubre de 2012, disponible en: <https://bit.ly/2Tew2sB>.
- FULDA, Isabel y TAMÉS, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en DAVIES, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and the Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <https://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- HUMBYRD, Casey, “Fair Trade International Surrogacy”, *Developing World Bioethics*, vol. 3, núm. 9, 2009.
- JOHNSON, Louise *et al.*, “Barriers for Domestic Surrogacy and Challenges of Transnational Surrogacy in the Context of Australians Undertaking Surrogacy in India”, *Journal of Law and Medicine*, vol. 22, núm. 1, 2014.
- KAMIN, Debra, “Israel Evacuates Surrogate Babies from Nepal but Leaves the Mothers Behind”, *Time*, 28 de abril de 2015, disponible en: <http://time.com/3838319/israel-nepal-surrogates/>.
- KIRBY, Jeffrey, “Transnational Gestacional Surrogacy: Does It Have to Be Exploitative?”, *American Journal of Bioethics*, vol. 14, núm. 5, 2014.
- KRISTINSSON, Sigurður, “Legalizing Altruistic Surrogacy in Response to Evasive Travel? An Icelandic Proposal”, *Reproductive Biomedicine and Society Online*, vol. 3, diciembre de 2016.
- LOZANSKI, Kristin, “Transnational Surrogacy: Canada’s Contradictions”, *Social Science and Medicine*, vol. 124, núm. C, 2015.
- LYNAM, Eleanor, “Cambodia Releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_140307.
- MACKLIN, Ruth, *Surrogates & Other Mothers: The Debates over Assisted Reproduction*, Filadelfia, Temple University Press, 1994.
- ONU, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, Nueva York, 15 de enero de 2018, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.

- SATZ, Debra, *Why Some Things Should Not Be for Sale: The Moral Limits of Markets*, Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- SMOLIN, David M., “Surrogacy as the Sale of Children: Applying Lessons Learned from Adoption to the Regulation of the Surrogacy Industry’s Global Marketing of Children”, *Pepperdine Law Review*, vol. 43, núm. 2, 2016, disponible en: http://pepperdinelawreview.com/wp-content/uploads/2016/02/Smolin_Final-no-ICR.pdf
- SNYDER, Steven H., “Reproductive Surrogacy in the United States of America”, en SILLS, E. Scott (ed.), *Handbook of Gestational Surrogacy. International Clinical Practice and Policy Issues*, Nueva York, Cambridge University Press, 2016.
- TAYLOR, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, núm. 876, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org/uk/page_95766.
- WALKER, Ruth y VAN ZYL, Liezl, *Towards a Professional Model of Surrogate Motherhood*, Londres, Palgrave MacMillan UK, 2017.
- WERTHEIMER, Alan, “Two Questions about Surrogacy and Exploitation”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 21, núm. 3, 1992.
- WILKINSON, Stephen, “The Exploitation Argument against Commercial Surrogacy”, *Bioethics*, vol. 17, núm. 2, 2003.

CAPÍTULO CUARTO

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y PROBLEMAS RECURRENTE EN TORNO A ELLA

María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Concepto de gestación por sustitución transfronteriza. III. Disparidad o ausencia de regímenes nacionales e inexistencia de regulación internacional. IV. Condiciones de acceso relacionadas con el derecho internacional privado. V. Establecimiento de la filiación en un Estado y sus efectos en otro. VI. Relaciones entre gestación por sustitución transfronteriza y adopción internacional de niños. VII. Conclusiones. VIII. Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN

La realidad internacional muestra un flujo de casos en los cuales las personas que desean ampliar su familia procreando, pero que tienen dificultades para lograrlo, deciden recurrir a la gestación por sustitución fuera del país en el que viven. Esta práctica se da en un escenario de proliferación de nuevas estructuras familiares,¹ facilitada, por un lado, por la propia evolución de las sociedades hacia una mayor aceptación de familias homoparentales y monoparentales y, por otro lado, por los avances y la popularización de la tecnología reproductiva que se manifiesta en la posibilidad de acceder a diferentes TRHA.

Ciertamente, en la decisión de participar en un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución influye la diversidad de actitudes estatales en cuanto al tema. La disparidad o la ausencia de regímenes nacionales y la inexistencia de un marco jurídico internacional son en sí mismas problemá-

¹ González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 57-112, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/revew/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.

ticas y, a su vez, constituyen un terreno fértil para el surgimiento de otros conflictos, algunos de los cuales son frecuentes.

El objetivo de este capítulo consiste en identificar y examinar ciertos problemas recurrentes en materia de gestación por sustitución transfronteriza. Dadas las múltiples posibilidades de variaciones fácticas y normativas de un caso a otro y de Estado a Estado, no se tiene una pretensión de exhaustividad, sino que se busca reconocer algunos problemas reiterados en la realidad internacional. Para ello, se comenzará por establecer el concepto de gestación por sustitución transfronteriza. Luego, serán analizadas la disparidad o la ausencia de regímenes nacionales, que se complementan con la inexistencia de una regulación internacional. A continuación, se examinarán algunas condiciones de acceso a la gestación por sustitución relacionadas con el derecho internacional privado. Posteriormente, se presentará el problema del establecimiento de la filiación en un Estado y sus efectos en otro. Por último, se indagará acerca de las relaciones entre la gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional de niños para, a modo de cierre del capítulo, extraer conclusiones.

II. CONCEPTO DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA

La gestación por sustitución puede ser concebida de manera amplia como un acuerdo celebrado a título gratuito u oneroso entre una persona física o una pareja de padres intencionales o comitentes y una mujer gestante, a fin de que ésta lleve a cabo la gestación de un embrión y que, una vez que haya nacido el bebé, lo entregue al o a los padres intencionales, con quien o quienes tendrá vínculos jurídicos de filiación.² El acuerdo puede realizarse a nivel interno —todos sus elementos están relacionados con un único Estado— o a nivel internacional —sus elementos están conectados con varios Estados—.

Es de suma importancia tener en cuenta que las diversas posturas de los Estados en cuanto a la regulación de esta figura (prohibición, admisión con diferentes matices, silencio absoluto al respecto)³ han propiciado que sea

² 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, p. 174, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>. Véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 24.

³ Véanse la segunda parte y la tercera parte de la presente obra, sobre la gestación por sustitución en el derecho comparado y en México, respectivamente.

cada vez más frecuente la celebración de acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución. En efecto, quienes buscan ampliar su familia, pero por algún motivo —por ejemplo, natural o médico— no tienen la posibilidad de gestar un embrión, llevar un embarazo a término y dar a luz a su hijo, pueden considerar la opción de utilizar alguna de las TRHA con la colaboración de una mujer gestante residente en el extranjero.⁴ La principal razón de que una persona o una pareja tenga que desplazarse al exterior con esta finalidad es la prohibición general de la gestación por sustitución, o la prohibición de acceso para ellas, en el derecho de su propio país de residencia. No obstante, tal decisión también podría deberse a que los gastos en los que sería indispensable incurrir fueran sustancialmente menores en el extranjero o, sencillamente, a que la regulación extranjera les pareciera más favorable que la nacional.

La existencia de acuerdos internacionales de gestación por sustitución, estimulada por la operación de agencias intermediarias encargadas de asesorar y poner en contacto a las partes, ha dado lugar al fenómeno conocido como “turismo reproductivo”⁵ o “exilio reproductivo”.⁶ Los ya de por sí intrincados conflictos jurídicos susceptibles de presentarse en casos de gestación por sustitución pueden tornarse todavía más enredados y adquirir una nueva dimensión —la internacional— cuando hay elementos de extranjería.

Un acuerdo de gestación por sustitución es transfronterizo o internacional si cuenta con elementos de extranjería. Esto sucede cuando presenta elementos que lo vinculan con los sistemas jurídicos de al menos dos Estados. El típico caso de gestación por sustitución transfronteriza es aquel en el cual los padres intencionales residen en un Estado y contratan con una mujer gestante residente en otro Estado, donde se llevará a cabo la inseminación artificial o la fecundación *in vitro*, transcurrirá el embarazo y tendrá lugar el

⁴ Los elementos de extranjería pueden adicionalmente extenderse, por ejemplo, a la intervención de donantes de gametos domiciliados en un país diferente de aquel donde los padres intencionales tienen su centro de vida. Asimismo, los sujetos intervinientes podrían ser de distintas nacionalidades.

⁵ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, pp. 193 y ss.

⁶ Se ha sugerido reemplazar “turismo reproductivo” por “exilio reproductivo”, pues no se trata de un viaje de placer, sino motivado por la necesidad de ejercer los derechos reproductivos. Véanse Matorras, Roberto, “¿Turismo reproductivo o exilio reproductivo?”, *Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana*, Madrid, vol. 22, núm. 2, marzo-abril de 2005, p. 85, disponible en: <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Fert-Marz-Abr05-Editorial.pdf>; Inhorn, Marcia C. y Patrizio, Pasquale, “Rethinking Reproductive «Tourism» as Reproductive «Exile»”, *Fertility and Sterility*, Nueva York, vol. 92, núm. 3, septiembre de 2009, pp. 904-906, disponible en: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)00046-6/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)00046-6/pdf).

alumbramiento. Otros elementos de extranjería que podrían sumarse son, por ejemplo, las nacionalidades de los padres intencionales y de la gestante, el lugar de pago de los gastos (o, si el acuerdo fuera oneroso, también de la contraprestación dineraria), la nacionalidad y/o la residencia de uno o varios donantes de gametos. Entre todos los mencionados, los más relevantes a los fines de determinar el carácter internacional del caso son la residencia de los padres intencionales y la mujer gestante en países diferentes, así como el lugar de nacimiento del niño en un Estado diferente a aquel donde residen y donde muy probablemente continuarán viviendo quienes tienen la voluntad de procrearlo.

III. DISPARIDAD O AUSENCIA DE REGÍMENES NACIONALES E INEXISTENCIA DE REGULACIÓN INTERNACIONAL

Aunque cada caso concreto es especial y sus circunstancias —con mayor o menor grado de complejidad— lo hacen único, es factible identificar algunas áreas en las que se dan problemas recurrentes en casos de gestación por sustitución transfronteriza. Para aproximarse a ellos y respetar su naturaleza internacional, se les debe observar a través de la lente del derecho internacional privado, cuyo objeto de estudio está constituido por casos iusprivatistas multinacionales que requieren una solución justa y efectiva.⁷

Ciertamente, los conflictos de derecho internacional privado en materia de gestación por sustitución se reducirían y sería más simple resolverlos si existiera un marco jurídico internacional uniforme para el tema o si, por lo menos, las legislaciones estatales estuvieran armonizadas. No obstante, aún no sucede ni lo uno ni lo otro. Esta situación plantea desafíos para los Estados y su población, especialmente para la comunidad jurídica y para las personas directamente involucradas en el empleo de diversas TRHA.

En el contexto global actual hay una profunda disparidad de actitudes estatales en cuanto al tema de fondo, lo que se ve reflejado en las normas sustantivas de fuente interna. Mientras ciertos Estados prohíben expresamente la gestación por sustitución,⁸ algunos Estados la admiten sólo si es altruista⁹ y otros Estados la permiten, medie o no una contraprestación económica;¹⁰ fi-

⁷ Boggiano, Antonio, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, t. I, p. 8.

⁸ Véase el capítulo octavo de esta obra.

⁹ Véase el capítulo séptimo de esta obra.

¹⁰ Véase el capítulo sexto de esta obra.

nalmente, hay Estados cuya legislación guarda silencio sobre la gestación por sustitución.¹¹ Pero la diversidad de regulación sustantiva estatal se vuelve aún más problemática, porque incentiva el recurso a la gestación por sustitución fuera del país de domicilio de los padres intencionales y porque no se cuenta con instrumentos jurídicos internacionales que unifiquen o tan siquiera contribuyan a armonizar las soluciones a los casos transfronterizos.

En efecto, ni a nivel universal ni en el ámbito regional existe un marco normativo que regule específicamente los acuerdos internacionales de gestación por sustitución.¹² Se está ante una laguna normativa que necesita ser llenada,¹³ una gran área de oportunidad para generar certeza jurídica y asegurar la continuidad de la filiación más allá de las fronteras, protegiendo los derechos de los padres intencionales, de las mujeres gestantes y de los niños nacidos a raíz de estos acuerdos. En este sentido, se estima que sería sumamente útil la existencia de nuevos instrumentos jurídicos de fuente internacional —de preferencia, vinculantes—, que ayudaran a superar dificultades prácticas en materia de gestación por sustitución transfronteriza. Téngase presente que algunos foros internacionales, como la HCCH y la organización no gubernamental ISS, conscientes de la importancia del tema y de la necesidad de regularlo, se encuentran trabajando rumbo a la posible adopción de normas en esta materia.¹⁴ Por lo tanto, se recomienda estar atentos a la labor desarrollada en dichos foros. Nótese, sin embargo, que destacar la necesidad de regulación internacional sobre aspectos de derecho internacional privado de la gestación por sustitución transfronteriza no implica desconocer la importancia de que, entre sus normas de fuente interna, los Estados cuenten con disposiciones apropiadas para atender estos casos.¹⁵ Tales reglas de fuente interna son útiles cuando no hay tratados internacionales sobre la materia y también, incluso cuando haya tratados en vigor, para controversias vinculadas con Estados no contratantes.

Finalmente, se advierte que el hecho de contar con un panorama normativo fragmentado, variado, complejo y carente de normas internaciona-

¹¹ Véase el capítulo noveno de esta obra.

¹² Ya lo señalaban en 2011 Katarina Trimmings y Paul Beaumont, en “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011, p. 630.

¹³ González Martín, Nuria y Alborno, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVI, enero-diciembre de 2016, p. 166, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos-de-la-gestacion-por-sustitucion/>.

¹⁴ Véase el capítulo decimoquinto de esta obra.

¹⁵ Véase el capítulo decimosexto de esta obra, que contiene una propuesta de regulación para el derecho internacional privado mexicano de fuente interna.

les que regulen la gestación por sustitución transfronteriza constituye en sí un problema que agrava el impacto de otros problemas concretos a los que frecuentemente se enfrentan las personas que participan en esta práctica. Más allá de las cuestiones controvertidas en torno a la gestación por sustitución en general, que fueron presentadas previamente en esta obra,¹⁶ los siguientes apartados de este capítulo se concentrarán en tres áreas en las que frecuentemente surgen problemas en la gestación por sustitución transfronteriza en particular. Dichas áreas son las siguientes: las condiciones de acceso relacionadas con el derecho internacional privado, el establecimiento de la filiación en un Estado y su reconocimiento en otro, y las relaciones entre la gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional de menores.

IV. CONDICIONES DE ACCESO RELACIONADAS CON EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

1. *En general*

Una de las áreas en las que suelen presentarse problemas en relación con la gestación por sustitución es la de las condiciones o restricciones de acceso a la misma, es decir, en la determinación de quiénes pueden participar en el acuerdo, sea como padres intencionales o como mujer gestante. Dado que en la actualidad no existen normas de fuente internacional sobre gestación por sustitución transfronteriza ni normas internacionales que establezcan condiciones de acceso, las restricciones para aspirar a participar en esta manera de gestar en los Estados que regulan la gestación por sustitución se encuentran consagradas en el plano doméstico. Entre las diversas condiciones de acceso¹⁷ pueden presentarse dos que están relacionadas con el derecho internacional privado: la exigencia de que las partes tengan determinada nacionalidad y la de que estén domiciliadas o residan¹⁸ en cierto Estado.

¹⁶ Véase el capítulo tercero de esta obra.

¹⁷ Véase el apartado II del capítulo tercero de esta obra.

¹⁸ Hasta “hace relativamente poco tiempo [la residencia] tenía la mayor parte de las veces una función *subsidiaria*” con respecto al domicilio (Goldschmidt, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia basado en la teoría tripartita del mundo jurídico*, 10a. ed., Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2009, p. 268). Pero en las últimas décadas, sobre todo en varias convenciones de La Haya de Derecho de las Personas y las Familias, se le adjetiva como “habitual” y, al menos dentro del ámbito de aplicación de dichos instrumentos, adquiere la función de punto de conexión principal.

En la mayoría de los casos, la mujer gestante es nacional y además está domiciliada en el Estado donde se llevan a cabo los procedimientos médicos de TRHA, transcurre el embarazo y se produce el alumbramiento.¹⁹ En cambio, con respecto a los padres intencionales o comitentes, las exigencias de nacionalidad, domicilio o residencia adquieren mayor relevancia, pues son quienes están dispuestos a desplazarse al extranjero cuando ello sea indispensable o conveniente para el efectivo ejercicio de su derecho a procrear. Es por eso que en los siguientes párrafos se considerará especialmente la situación de quienes tienen la intención de convertirse en padres.

Una regulación liberal de la gestación por sustitución que no estableciera como barrera de acceso para los padres intencionales ningún requisito de nacionalidad ni de domicilio o residencia permanente en el país donde se llevará a cabo la práctica —tal es el caso, por ejemplo, del régimen actual en California en los Estados Unidos de América, Canadá, Grecia, Rusia y Ucrania— permitiría que participaran personas extranjeras o que viven en el exterior. Este tipo de régimen tiene la ventaja de democratizar el acceso para toda persona o pareja que desee recurrir a la gestación por sustitución, siempre que cumpla con los demás requisitos contemplados en la legislación correspondiente. Sin embargo, también podría ser visto como un fuerte estímulo al turismo reproductivo. Ahora bien, desde la perspectiva del Estado de destino, esto último no necesariamente debería ser considerado de manera negativa, sobre todo si el legislador y los jueces entendieran que el conjunto de normas dictadas para regular la gestación por sustitución en ese país logra un equilibrio en la protección de los intereses de las partes y el interés superior de la niñez.

En cambio, una regulación que limitara el acceso a la gestación por sustitución a padres intencionales que sean nacionales y/o que estén domiciliados o residan habitualmente en el Estado donde se recurrirá a las TRHA, se desarrollará el embarazo y tendrá lugar el nacimiento podría ser considerada como demasiado restrictiva. No obstante, esto desincentivaría el turismo reproductivo, lo que muy probablemente sería concebido como un efecto positivo, e incluso especialmente buscado por el legislador nacional.

En el fondo, le corresponde a cada Estado que permite la gestación por sustitución, a través de los órganos pertinentes, decidir si abre las puertas para esta práctica a ciudadanos extranjeros y/o a personas que vivan fuera

¹⁹ Sin embargo, también es posible que esos elementos relacionados con la mujer gestante y con la gestación y el nacimiento estén vinculados con varios Estados; por ejemplo, que la mujer sea nacional del Estado A, esté domiciliada en el Estado B, se le implante un embrión en el Estado B y el niño nazca en el Estado C.

de su territorio o si, al contrario, reserva el acceso únicamente a sus nacionales y/o a quienes estén domiciliados en su territorio.

2. *El caso de México*

Es relevante mencionar aquí el caso de México,²⁰ donde tanto la legislación actualmente vigente en Tabasco²¹ como en Sinaloa²² exigen que las partes intervinientes en la gestación por sustitución sean de nacionalidad mexicana. La legislación tabasqueña previa a la reforma publicada el 13 de enero de 2016²³ guardaba silencio acerca de la nacionalidad de las partes. Como lo que no está prohibido se considera permitido, se admitió que personas extranjeras se trasladaran a Tabasco para contratar la gestación de los hijos deseados. Esta circunstancia fue posicionando internacionalmente a México como un atractivo²⁴ destino de turismo reproductivo.

Adicionalmente, en gran medida debido a deficiencias de una regulación laxa, sumadas a dificultades relacionadas con la competencia de autoridades —propias del federalismo del país— y, en ocasiones, a la conducta de los padres intencionales, hubo situaciones conflictivas que alcanzaron visibilidad más allá de las fronteras de México.²⁵ Esto fue generando una reputación negativa del país en el exterior, íntimamente ligada al carácter de paraíso reproductivo. Lógicamente, semejante escenario generó una preocupación en las autoridades del orden federal y del orden local, que procuraron revertirlo. Así se explica la referida reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco y, en particular, la introducción de la nacionalidad mexicana como condición de acceso a la gestación por sustitución en ese cuerpo legal.

Ahora bien, tomando como premisa la intención de México como país, y de los estados de Sinaloa y de Tabasco de no ser destinos de turismo o exi-

²⁰ Sin perjuicio de que la tercera parte de esta obra se dedica por completo a analizar la gestación por sustitución en México.

²¹ Fracción I del artículo 380 bis 5 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

²² Fracción I del artículo 290 del Código Familiar del Estado de Sinaloa.

²³ La reforma fue ordenada por el Decreto 265 del 14 de diciembre de 2015, publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, núm. 7654.

²⁴ El carácter de atractivo se lo daba el bajo costo, en comparación con otros destinos, como California. Según lo reportaba *The New York Times* en 2017, el costo podía ser de USD 180,000 en Estados Unidos frente a USD 90,000 en México. Véase Burnett, Victoria, “As Mexican State Limits Surrogacy, Global System is Further Strained”, *The New York Times*, 23 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/03/23/world/americas/as-mexican-state-limits-surrogacy-global-system-is-further-strained.html>.

²⁵ Véase el capítulo decimocuarto de esta obra, sobre la práctica de la gestación por sustitución transfronteriza en México.

lio reproductivo, la elección del criterio de la nacionalidad para lograr esa finalidad puede ser cuestionada. En efecto, si la *ratio legis* tanto en Sinaloa como en Tabasco consiste en evitar que en México haya casos transfronterizos de gestación por sustitución, el camino elegido no parece ser el más apropiado para lograr a cabalidad el objetivo. Con la exigencia de la nacionalidad, se permite que personas mexicanas domiciliadas en el extranjero se desplacen a México para llevar a cabo una gestación por sustitución en Tabasco o en Sinaloa y luego trasladen al niño al extranjero, donde vivirán con él. En este escenario, el turismo reproductivo podría reducirse; pero no parecería estar condenado a desaparecer.

Asimismo, es preciso tomar en cuenta que la exigencia de que los padres intencionales sean nacionales mexicanos resulta discriminatoria con respecto a los extranjeros domiciliados en México. De hecho, los coloca en una situación injustificadamente desventajosa, aunque el artículo 1o. de la CPEUM prohíbe toda discriminación motivada por origen nacional. Por eso se entiende que el medio más adecuado para lograr que México no sea un paraíso reproductivo, sin caer en la adopción de disposiciones susceptibles de ser atacadas por inconstitucionales, consiste en tomar como criterio relevante para restringir el acceso a la gestación por sustitución el del domicilio (o, eventualmente, la residencia habitual) de los padres intencionales, en lugar del criterio de la nacionalidad de los padres intencionales.²⁶

V. ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN EN UN ESTADO Y SUS EFECTOS EN OTRO

Es muy frecuente que en la gestación por sustitución transfronteriza surjan conflictos en relación con la filiación del niño establecida en un Estado (al que se le denominará “Estado de nacimiento”) y su producción de efectos en otro (“Estado receptor” o “Estado de destino”). Cabe apuntar que este tema encuadra dentro de otro más amplio, que pertenece al estatuto personal del individuo: la filiación²⁷ y su continuidad en el extranjero.

El problema se presenta cuando los padres intencionales que celebraron un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución y que son legalmente padres del niño en el Estado de nacimiento no son reconocidos en tal calidad por el Estado de destino, donde están domiciliados y donde vivirán con el menor. Por lo tanto, la filiación establecida en el extranjero de conformidad

²⁶ Alborno, María Mercedes y López González, Francisco, *op. cit.*, p. 179.

²⁷ González Martín, Nuria y Alborno, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 168.

con la legislación aplicable carece de efectos jurídicos en el Estado receptor. Esta situación implica una disrupción en la estabilidad del vínculo paterno-filial y/o materno-filial e impide la continuidad transfronteriza del estatus de hijo. En efecto, se trata de una “filiación claudicante”,²⁸ perfectamente válida en un Estado, pero no reconocida en otro.

Desde el punto de vista formal, el problema se manifiesta con respecto a un documento público extranjero —el acta de nacimiento o una sentencia—,²⁹ cuando una autoridad del Estado de destino se niega a permitir que produzca efectos en su territorio. La impugnación de la respuesta estatal por parte de los padres intencionales propicia la intervención de órganos que desempeñan una función jurisdiccional. En varias ocasiones se ha llegado a instancias de alzada y a cortes supremas e, incluso, a demandar a un Estado ante un órgano supranacional como el TEDH.

Desde una perspectiva sustantiva, la negativa a reconocer la filiación establecida en el extranjero con respecto a los padres intencionales es consecuencia directa de la diversidad de actitudes estatales ante la gestación por sustitución. Así, Estados receptores que internamente la prohíben se han negado a reconocer los documentos públicos extranjeros probatorios de la relación de filiación establecida entre el menor y sus padres intencionales, invocando violaciones a su orden público.³⁰ Varios litigios de este tipo generados en países europeos han escalado al TEDH,³¹ órgano jurisdiccional que mediante sus decisiones va incidiendo en el accionar de los Estados parte del CEDH.³²

La cuestión de fondo subyacente a este problema consiste en definir si se acepta o no que la voluntad procreacional desprovista de toda conexión genética o vínculo biológico sea suficiente por sí sola para el establecimiento de la filiación en el Estado de nacimiento y para permitir su continuidad en el Estado receptor.

²⁸ *Ibidem*, p. 173.

²⁹ También podría tratarse de un instrumento de reconocimiento voluntario, como lo indica el estudio realizado por la HCCH. Véase HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, p. 30, párr. 84, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>. No obstante, generalmente éste habrá sido plasmado en el acta de nacimiento.

³⁰ Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2017, pp. 166-200, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>

³¹ Véase el capítulo décimo de esta obra, acerca de la jurisprudencia del TEDH sobre gestación por sustitución.

³² El CEDH fue adoptado en Roma el 4 de noviembre de 1950. Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

La ausencia de reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero con respecto a los padres intencionales afecta a la familia en su conjunto. Por un lado, los comitentes ven vulnerados sus derechos a tener una familia, a que su vida privada sea respetada, a reproducirse y a acceder para ello a las TRHA. Sin embargo, por otro lado, puede sostenerse que para ejercerlos han intentado evadir la prohibición o las restricciones de la legislación de su país. En cuanto al niño, él también tiene derecho a desarrollarse en un ambiente familiar y al respeto de su vida privada, además de los derechos a que se determine su filiación con respecto a una o varias personas adultas y a gozar de los diversos efectos que de allí se derivan (como, entre otros, a conocer sus orígenes, a recibir alimentos, a suceder a sus familiares y, según el caso,³³ a obtener la nacionalidad de sus progenitores). No reconocer la filiación establecida en el extranjero significa sancionar al niño, sujeto de derecho que no eligió las circunstancias de su gestación ni de su nacimiento, por la conducta de sus padres. Asimismo, esto implica privarlo de su filiación en el país donde se desenvolverá su vida, lo cual afecta seriamente el interés superior del niño³⁴ y, por lo tanto, es incompatible con el artículo 3.1 de la CDN, que exige dar consideración primordial a dicho interés.

Adicionalmente, se requiere tener presente que, cuando el niño nace en virtud de un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución en un Estado que no le confiere su nacionalidad por el solo hecho de haber nacido allí —por ejemplo, Ucrania—, se complica la obtención de pasaporte o documentos de viaje para salir del Estado de nacimiento e ingresar legalmente al Estado de destino.³⁵ La situación se torna aún más delicada cuando se combina con la negativa de las autoridades consulares del Estado de destino acreditadas ante el Estado de nacimiento a reconocer la filiación del niño con respecto a, por lo menos, uno de los padres intencionales nacionales del Estado de destino. Ello es susceptible de obstaculizar la posibilidad de que al niño se le conceda, por *ius sanguinis*, la nacionalidad del Estado receptor y en ese carácter se le expida un pasaporte para que pueda viajar. En consecuen-

³³ Dependiendo de los países con los que el caso esté vinculado y del criterio que éstos adopten para el otorgamiento de la nacionalidad (*ius soli, ius sanguinis*), siempre se debe procurar que el niño tenga una nacionalidad y no quede en situación de apatridia. El derecho del niño a adquirir una nacionalidad es contemplado en el artículo 7o. de la CDN, del 20 de noviembre de 1989 (disponible en: <http://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>).

³⁴ Wells-Greco, Michael, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016, p. 295.

³⁵ Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul, “General Report on Surrogacy”, en Trimmings, Katarina y Beaumont, Paul (eds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013, pp. 505-507.

cia, “el niño es apátrida y con filiación incierta, y se encuentra en un limbo jurídico”.³⁶

Por otra parte, en cuanto a los intereses que precisan ser atendidos, desde el punto de vista sustantivo, no se debe soslayar la preocupación por que la mujer gestante goce de protección y de asesorías jurídica, médica y psicológica adecuadas. De esta manera, podrá garantizarse que en ningún momento la persona que gesta sea objeto de explotación.

Todos estos derechos e intereses que se hallan en juego deben ser ponderados por el Estado de destino cuando debe tomar decisiones —y, por supuesto, motivarlas— acerca de la suerte del vínculo filiatorio establecido en el extranjero entre un niño y sus padres intencionales.

VI. RELACIONES ENTRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y ADOPCIÓN INTERNACIONAL DE NIÑOS

La gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional de niños son dos figuras relacionadas con la protección de la infancia que implican la adopción de caminos diferentes. No obstante, aunque se trata de instituciones distintas, se relacionan entre sí.

1. *Dos caminos diferentes*

Las familias que tienen la intención de ampliarse teniendo hijos y que, por causas naturales o médicas, se ven impedidas de gestar pueden elegir hacer realidad su deseo a través de la adopción de un niño o del recurso a las TRHA con la colaboración de una persona dispuesta a gestar para ellas. A su vez, es posible que la ausencia de niños en condición de ser adoptados y/o las complejidades del trámite de adopción en el país donde la familia tiene su centro de vida conduzcan a ésta a explorar la opción de intentar adoptar a un niño que resida habitualmente en el extranjero. Asimismo, según la actitud del Estado donde se desarrolla la vida familiar con respecto a la gestación por sustitución, es factible que la elección de la vía de la gestación por sustitución implique el desafío de salir al extranjero y ser partes de un acuerdo transfronterizo.

De modo que la adopción internacional y la gestación por sustitución transfronteriza son dos caminos distintos para llegar a un mismo fin: tener hijos y así ampliar la familia. Se asemejan porque, en caso de tener éxito, el

³⁶ Lamm, Eleonora, *op. cit.*, p. 197.

resultado consistirá en que un niño será incorporado al seno familiar en carácter de hijo de los padres —sean ellos adoptantes o padres intencionales—. Otro punto en común es que, ante la ausencia de regulaciones adecuadas, ambas figuras podrían estar ligadas al tráfico internacional de menores,³⁷ situación que a todas luces es necesario evitar.

Sin embargo, hay entre ambas figuras una diferencia fundamental: mientras que en la adopción internacional el niño adoptado es una persona que ya existe, que vive en el extranjero y con quien el vínculo será exclusivamente jurídico, en la gestación por sustitución transfronteriza se crea un embrión desde el inicio y es posible que uno o ambos padres intencionales tengan un vínculo genético con el menor que, adicionalmente, habrá sido deseado desde antes de existir. Es decir, en la gestación por sustitución, además de la relación jurídica de filiación, siempre que las circunstancias del caso lo permitan, es factible que haya una conexión genética con el niño nacido a raíz del acuerdo.

2. *Instituciones distintas, pero relacionadas*

Ahora bien, a pesar de que la adopción internacional y la gestación por sustitución transfronteriza son dos instituciones distintas, hay relaciones entre ellas. Por un lado, los procesos de adopción internacional suelen dilatarse en el tiempo, lo que, sumado al principio de subsidiariedad,³⁸ contribuye a que el número de niños internacionalmente adoptables no sea elevado. A

³⁷ González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid, *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 178, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>. Para efectos de la aplicación de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994, disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/trata_dos_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm), el 2o. párrafo del artículo 2o. define el tráfico internacional de menores como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor[,] con propósitos o medios ilícitos” y entre los medios ilícitos incluye “consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor”.

³⁸ En virtud de dicho principio, la adopción internacional de un menor únicamente deberá proceder cuando no haya sido posible llevar a cabo una adopción nacional que le brinde una protección adecuada en el país donde vive. Véase González Martín, Nuria, “Adopción internacional en México: luces y sombras”, en García Flores, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 320, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3540/17.pdf>.

ello se le puede sumar otro factor que aún persiste en algunos países,³⁹ aunque en general va en retroceso:⁴⁰ la prohibición de que parejas de personas de un mismo sexo adopten en conjunto a un niño. Todos estos elementos pueden incidir para que las familias que buscan ampliarse se inclinen por la opción de la gestación por sustitución.

Por otro lado, las dos instituciones se relacionan porque pueden confluír en la práctica jurídica de algunos Estados, cuando se trata de establecer la filiación del niño nacido a raíz de un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución, sea con respecto a uno o ambos miembros de la pareja de padres intencionales. Cabe señalar que la convergencia de estos dos caminos diferentes no es deseable⁴¹ y que lo ideal sería que cada uno siguiera su curso, produjera sus propios efectos y tuviera su propio marco jurídico internacional.⁴²

Sin embargo, en la práctica actual de ciertos países, la adopción y la gestación por sustitución están fuertemente vinculadas. Para empezar, Nurria González Martín refiere que son numerosos los casos en los que se hace

³⁹ Por ejemplo, la Ley Orgánica para la Protección de las Niñas, Niños y Adolescentes de Venezuela (*Gaceta Oficial de la República Bolivariana de Venezuela*, año CXXXV, mes II, núm. 5.859 extraordinario, 20 de diciembre de 2007, disponible en: <https://www.unicef.org/venezuela/spanish/LOPNA20Reformada202007b.pdf>), en su artículo 411, dispone: “La adopción conjunta sólo puede ser solicitada por cónyuges no separados o separadas legalmente, y por parejas conformadas por un hombre y una mujer”. En el caso de Italia, la Ley núm. 76 del 20 de mayo de 2016, que reglamenta las uniones civiles entre personas del mismo sexo (*Gazzetta Ufficiale Serie Generale*, núm. 118, 21 de mayo de 2016, disponible en: <http://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2016/05/21/16G00082/sg>), fue aprobada justamente porque se eliminó del proyecto la disposición que permitía la adopción homoparental. Véase AFP Roma, “El Parlamento italiano aprueba la Ley que legaliza la unión homosexual”, *El Mundo*, Madrid, 11 de mayo de 2016, disponible en: <https://www.elmundo.es/sociedad/2016/05/11/57334339ca474110038b45ab.html>.

⁴⁰ En Colombia, la Corte Constitucional determinó que las parejas del mismo sexo están habilitadas para adoptar conjuntamente, interpretando la legislación a la luz de la protección del interés superior de niños, niñas y adolescentes, consagrado en la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos. Véase Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-683/15, 4 de noviembre de 2015, disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/RELATORIA/2015/C-683-15.htm>.

⁴¹ En este sentido, véase Pérez Fuentes, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 146.

⁴² De hecho, la Comisión Especial de 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional consideró inapropiado el uso de dicho instrumento para los casos de gestación por sustitución transfronteriza. Véase HCCH, *Conclusiones y recomendaciones*, Comisión Especial de 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional (17 al 25 de junio de 2010), núm. 25, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_e.pdf.

uso y abuso del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional, ya que se emiten sentencias de adopción internacional cuando se trata, en realidad, de casos de “maternidad subrogada”.⁴³ Además, la adopción del niño nacido como consecuencia de un acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución puede realizarse, según los sistemas jurídicos a los que se vincule cada caso concreto, en el Estado de nacimiento, o puede ser necesario llevarla a cabo en el Estado de recepción. En ambos supuestos sería factible que tales adopciones fueran internacionales —cuando adoptante/s y adoptado tienen su residencia habitual en Estados diferentes—.

Como ejemplo del primer supuesto, tómesese en cuenta que, dentro del marco normativo vigente en el estado mexicano de Tabasco, cuando la gestante sea “madre subrogada” —entendiendo por tal a aquella que aporta su gameto—, “deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena” (artículo 92, Código Civil para el Estado de Tabasco). El artículo 92 establece una distinción con respecto a la “madre gestante sustituta” —que no aporta el componente genético—, indicando que en ese supuesto “se presumirá la maternidad de la madre contratante” —es decir, la madre intencional—. Allí parecería bastar con la suscripción del instrumento jurídico ante notario público y su posterior aprobación en un procedimiento judicial no contencioso (artículo 380 bis 5, 3o. párrafo). No obstante, otros artículos del mismo Código Civil parecerían diluir la distinción introducida en el artículo 92, al disponer que “El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena” (artículo 380 bis 6, 2o. párrafo) y que, para que tenga lugar la adopción plena, se requiere “Que el menor a adoptar... sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización in vitro con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción” (artículo 399, III). Así, se ha afirmado que el Código Civil para el Estado de Tabasco prácticamente “equipara [la maternidad subrogada] a la adopción plena”.⁴⁴

A modo de ejemplo del segundo supuesto, piénsese en la respuesta que países europeos como Francia o España —cuyas legislaciones prohíben la

⁴³ González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

⁴⁴ Cantoral Domínguez, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 121. La autora percibe esta equiparación como problemática, pues el juez debería asegurarse de que la adopción siempre presente ventajas para el adoptado; pero en la maternidad subrogada se trata de “un ser humano que aún no ha nacido”.

gestación por sustitución o le niegan efectos jurídicos—⁴⁵ han conferido en diversas ocasiones al establecimiento de la filiación de niños nacidos por gestación por sustitución legal en el extranjero. Cuando los padres intencionales son una pareja y sólo uno de los miembros tiene un vínculo genético con el menor, se ha permitido que el otro integrante de la pareja adopte al niño.⁴⁶ Aunque esto ayuda a resolver el problema en ciertos casos —dejando fuera muchos otros—, la adopción no parece ser la solución ideal, pues se coloca a quien ya es legalmente padre o madre de un niño en la paradójica situación de tener que adoptar a su propio hijo.

VII. CONCLUSIONES

La gestación por sustitución transfronteriza es un acuerdo con elementos de extranjería, celebrado a título gratuito u oneroso entre padres intencionales y una mujer gestante, para que esta última lleve a cabo la gestación de un embrión y que el bebé sea, jurídicamente, hijo de los padres intencionales. Aunque los puntos de contacto con más de un sistema jurídico pueden ser diversos, suele suceder que los padres intencionales y la mujer gestante residen en países diferentes, que el niño nacido como consecuencia del acuerdo nace en el Estado donde reside la gestante y que luego se desplaza, junto con los padres intencionales, al Estado donde ellos tienen el centro de su vida y donde vivirán con el niño.

Sin perjuicio de que cada caso específico presente sus propias aristas, algunos problemas relacionados con la gestación por sustitución transfronteriza son recurrentes. Tales conflictos surgen en varias áreas, que han sido identificadas y analizadas en este capítulo. Se trata de la disparidad o la ausencia de regímenes nacionales y la inexistencia de regulación internacional, de las condiciones de acceso a la práctica relacionadas con el derecho internacional privado, del establecimiento de la filiación en un Estado y sus efectos en otro, así como de las relaciones entre gestación por sustitución transfronteriza y adopción internacional de niños.

Ahora bien, el derecho internacional privado, como disciplina jurídica que procura solucionar conflictos vinculados con diversos sistemas norma-

⁴⁵ Véase el capítulo octavo de esta obra.

⁴⁶ Según la opinión consultiva de la Gran Sala del TEDH en el caso *Menesson*, emitida el 10 de abril de 2019, la adopción puede ser uno de los modos a los que recurra el Estado de recepción para reconocer la filiación establecida en el extranjero con respecto a la madre intencional. Véase Comunicado de prensa 132 (2019) (en inglés), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-6380685-8364782>. Asimismo, véanse la sección V del capítulo quinto y el capítulo décimo de la presente obra.

tivos, dispone de ciertas herramientas que pueden ser de utilidad para dar respuesta a los problemas que se plantean en torno a los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. En el siguiente capítulo serán presentadas esas herramientas del derecho internacional privado.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- AFP ROMA, “El Parlamento italiano aprueba la Ley que legaliza la unión homosexual”, *El Mundo*, Madrid, 11 de mayo de 2016, disponible en: <https://www.elmundo.es/sociedad/2016/05/11/57334339ca474110038b45ab.html>.
- 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: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, abril de 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.
- BOGGIANO, Antonio, *Derecho internacional privado*, 2a. ed., Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1983, t. I.
- BURNETT, Victoria, “As Mexican State Limits Surrogacy, Global System is Further Strained”, *The New York Times*, 23 de marzo de 2017, disponible en: <https://www.nytimes.com/2017/03/23/world/americas/as-mexican-state-limits-surrogacy-global-system-is-further-strained.html>.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- GOLDSCHMIDT, Werner, *Derecho internacional privado. Derecho de la tolerancia basado en la teoría tripartita del mundo jurídico*, 10a. ed., Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Adopción internacional en México: luces y sombras”, en GARCÍA FLORES, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3540/17.pdf>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, Ingrid, *Reproducción asistida*, México, UNAM, Ins-

- tituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.
- 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: <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos-de-la-gestacion-por-sustitucion/>.
- HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HCCH, *Conclusiones y recomendaciones*, Comisión Especial de 2010 de seguimiento del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre protección de menores y cooperación en materia de adopción internacional (17 al 25 de junio de 2010), disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/adop2010concl_e.pdf.
- INHORN, Marcia C. y PATRIZIO, Pasquale, “Rethinking Reproductive «Tourism» as Reproductive «Exile»”, *Fertility and Sterility*, Nueva York, vol. 92, núm. 3, septiembre de 2009, disponible en: [http://www.fertstert.org/article/S0015-0282\(09\)00046-6/pdf](http://www.fertstert.org/article/S0015-0282(09)00046-6/pdf).
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- MATORRAS, Roberto, “¿Turismo reproductivo o exilio reproductivo?”, *Revista Iberoamericana de Fertilidad y Reproducción Humana*, Madrid, vol. 22, núm. 2, marzo-abril de 2005, disponible en: <http://www.revistafertilidad.org/RecursosWEB/fertilidad/Fert-Marz-Abr05-Editorial.pdf>.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- TRIMMINGS, Katarina y BEAUMONT, Paul, “General Report on Surrogacy”, en TRIMMINGS, Katarina y BEAUMONT, Paul (eds.), *International Surrogacy Arrangements. Legal Regulation at the International Level*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

TRIMMINGS, Katarina y BEAUMONT, Paul, “International Surrogacy Arrangements: An Urgent Need for Legal Regulation at the International Level”, *Journal of Private International Law*, vol. 7, núm. 3, 2011.

WELLS-GRECO, Michael, *The Status of Children Arising from Inter-Country Surrogacy Arrangements*, La Haya, Eleven International Publishing, 2016.

CAPÍTULO QUINTO

HERRAMIENTAS DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO PARA LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Técnicas de codificación internacional*. III. *Normas de competencia internacional*. IV. *Normas de conflicto de leyes*. V. *Reconocimiento de sentencias y de otros documentos públicos extranjeros*. VI. *Orden público internacional*. VII. *Cooperación internacional entre autoridades*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho internacional privado es una de las disciplinas jurídicas¹ que puede aportar herramientas para contribuir a solucionar algunos de los problemas prácticos que se presentan en torno a la gestación por sustitución vinculada con una pluralidad de sistemas jurídicos. Todas esas herramientas se interrelacionan y es posible que operen en conjunto. Es más, debería procurarse que así fuera. En otras palabras, es preciso concebirlas como complementarias y no como mutuamente excluyentes. Se considera que su utilización conjunta es susceptible de maximizar las posibilidades de obtener respuestas justas y efectivas para las controversias que se susciten.

La identificación de las herramientas adecuadas para abordar la problemática de la gestación por sustitución transfronteriza² requiere tomar en cuenta el pluralismo metodológico³ que es consustancial al derecho internacional privado. Asimismo, el presente capítulo toma como puntos de partida la necesidad y la premura de contar con un marco normativo aplicable a

¹ Véase la sección VI del capítulo primero de esta obra.

² Acerca de esta problemática, véase el capítulo cuarto de esta obra.

³ Batiffol, Henri, “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, t. 139, 1973-II, pp. 75-148.

la gestación por sustitución con elementos de extranjería. Idealmente, dicho marco debería ser de fuente internacional; pero también es beneficioso que los Estados dispongan, entre sus reglas de fuente interna, de leyes y/o de criterios jurisprudenciales para resolver conflictos de gestación por sustitución transfronteriza, asegurando la protección de las partes y, en especial, la de los niños nacidos en consecuencia. En efecto, las normas de derecho internacional privado de fuente interna son sumamente relevantes,⁴ sobre todo mientras no se cuente con un tratado internacional en la materia.

Una herramienta fundamental de la disciplina son las técnicas de codificación. A su vez, la creación de un instrumento jurídico de fuente internacional o de un sistema normativo interno puede valerse del método conflictual y contener normas de competencia internacional de autoridades, así como normas de derecho aplicable. También el método de reconocimiento es relevante en materia de gestación por sustitución transfronteriza. En esta línea, es factible regular el reconocimiento tanto de sentencias extranjeras como de documentos públicos emitidos por autoridades extranjeras.

No obstante, la excepción de orden público internacional, que funciona como un filtro para evitar que soluciones manifiestamente contrarias a la cultura jurídica de un Estado produzcan efectos en su territorio, puede obstaculizar la aplicación del derecho extranjero y el reconocimiento de sentencias y de documentos públicos emitidos en otros países. A su vez, el interés superior del niño debe jugar un papel fundamental en todo momento, pero especialmente cuando se debe decidir si procede o no reconocer una sentencia o un documento público extranjeros relativos a la filiación de un niño nacido por gestación por sustitución.

Finalmente, otra herramienta clave del derecho internacional privado para contribuir a la solución de conflictos relacionados con la gestación por sustitución transfronteriza es la cooperación entre las autoridades de los distintos Estados con los cuales está vinculado el caso concreto a resolver.

A continuación, se presentarán cada una de esas herramientas y se analizará su utilidad de todas ellas para coadyuvar a que se solucionen satisfactoriamente los casos en esta materia.

II. TÉCNICAS DE CODIFICACIÓN INTERNACIONAL

La disparidad de regímenes nacionales en materia de gestación por sustitución y el silencio de ciertos sistemas jurídicos acerca del tema constituyen un

⁴ Por eso, al final de esta obra se formula una propuesta de regulación de la gestación por sustitución transfronteriza en el derecho internacional privado mexicano. Véase el capítulo decimosexto de esta obra.

problema que, a su vez, provoca otros inconvenientes para los sujetos involucrados en acuerdos transfronterizos de esta naturaleza. Esas dificultades podrían mitigarse si existiera un instrumento jurídico internacional que regulara al menos ciertos aspectos básicos de la gestación por sustitución con elementos de extranjería acerca de los cuales fuera posible alcanzar consenso.

He aquí el meollo del asunto: se está ante un tema polémico que despierta sensibilidades, que pone sobre la mesa las implicaciones bioéticas de la utilización de las TRHA y que, por supuesto, se presta para la adopción de posturas diversas por parte de los Estados. Es por eso que las negociaciones dirigidas a la construcción de acuerdos constituyen una ardua tarea. En efecto, aquéllas representan un desafío claramente palpable en la labor de la HCCH relacionada con el “Proyecto de filiación y gestación por sustitución”⁵ y de su Grupo de Expertos en la materia.⁶ De hecho, si bien se ha avanzado mucho en el análisis de la problemática, el acuerdo mayoritario sobre la factibilidad de elaborar un instrumento de derecho internacional privado sobre filiación, en general, y otro sobre gestación por sustitución transfronteriza, en particular, por el momento se limita, en ambos supuestos, a los casos en los cuales la filiación es determinada por una sentencia extranjera.⁷ La complejidad de las negociaciones acerca de la eventual adopción de un instrumento que involucre a un amplio número de actores también se percibe en el trabajo del ISS,⁸ organización no gubernamental cuyo Grupo de Expertos continúa discutiendo el texto de los futuros “Principios para una mejor protección de los derechos de los niños en acuerdos reproductivos transfronterizos, en particular, de gestación por sustitución transfronteriza”.⁹

Para elaborar un instrumento internacional, el derecho internacional privado dispone de diversas herramientas, denominadas “técnicas de codificación”. En este sentido, cabe distinguir entre una técnica dura y una serie de técnicas blandas.¹⁰ La técnica dura, también conocida como *hard law* o

⁵ El nombre en inglés —lengua en la cual se desarrollan la investigación y las discusiones, además de redactarse los informes— es “The Parentage/Surrogacy Project”.

⁶ Véase la sección II del capítulo decimoquinto de la presente obra. Adicionalmente, véase el material que la HCCH ha venido generando en torno a este proyecto, disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

⁷ En cuanto a la filiación establecida de pleno derecho o la derivada de un acto de un individuo, se señala que la determinación de la factibilidad de regularlas requiere más discusión. Véase HCCH, *Report of the Experts’ Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 28 January-1 February 2019)*, febrero de 2019, párrs. 31 y 32, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

⁸ ISS, disponible en: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/what-we-do-en/surrogacy>.

⁹ Véase la sección III del capítulo decimoquinto de la presente obra.

¹⁰ González Martín, Nuria y Alborno, María Mercedes, “El auge de las fuentes *soft* en el comercio internacional en tiempos de globalización”, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.),

“derecho rígido”, consiste en la creación de convenciones o tratados internacionales que serán vinculantes para los Estados parte. Las técnicas blandas, *soft law*, *droit mou* o *droit souple*, en cambio, tienen por objetivo la redacción de instrumentos no vinculantes, que serán aplicados a través de su aceptación voluntaria.¹¹ Las técnicas *soft* comprenden la adopción de principios, leyes modelo, guías legislativas, códigos de conducta, compilaciones de mejores prácticas, recomendaciones, entre otros, por parte de sujetos que pueden ser Estados, pero que no necesariamente lo serán. Es más, la creación de instrumentos de *soft law* es propicia para promover la participación y el diálogo multiactoral, incluyendo a la sociedad civil.¹²

Cuando los Estados negocian un instrumento jurídico internacional, suele haber menos dificultades para obtener consenso si se trata de un instrumento de derecho blando que de un tratado internacional, lo cual se relaciona con la menor o mayor gravedad de sus efectos —carácter no vinculante o carácter vinculante, respectivamente—. No obstante, la complejidad de la materia a regular y el número de actores involucrados en el proceso también incidirán en el grado de dificultad y, en última instancia, en el tiempo que insumirá adoptar un texto final. Estas circunstancias se replican cuando, posteriormente, se intenta modificar el instrumento. Por consiguiente, la flexibilidad inherente a la técnica blanda permitirá arribar a nuevas disposiciones en un lapso menor que la rigidez propia de la técnica dura, donde el proceso requerirá un periodo más extenso.

Otro factor que se debe tener en cuenta al comparar las técnicas de codificación internacional es el tiempo que transcurre entre la adopción de un instrumento jurídico y su disponibilidad para ser aplicado. Los instrumentos de *soft law* están disponibles y pueden ser utilizados inmediatamente después de haber sido aprobados. En cambio, transcurren varios años —seis años y diez meses, en promedio—¹³ para que un tratado internacional entre en vigor. Por su mismo carácter vinculante, no basta con que un Estado firme el tratado, sino que debe posteriormente depositar el instrumento de

Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, p. 230, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5143/12.pdf>.

¹¹ Bonell, Michael Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005, p. 229.

¹² Kessedjian, Catherine, “Codification du droit du commerce international et droit international privé: de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 300, 2002, p. 149.

¹³ Este tiempo fue calculado, a título ejemplificativo, a partir de los instrumentos de *hard law* adoptados por la HCCH desde 1954 hasta diciembre de 2018. Véase HCCH, “Convenios y protocolos”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/>.

ratificación —o, según el caso, directamente adherirse—. Pero, además, se requiere un cierto número de ratificaciones o adhesiones a fin de que un convenio internacional sea derecho vigente en los Estados parte del mismo.

En cuanto a la gestación por sustitución transfronteriza, la cantidad de aristas que presenta el tema y las fibras sensibles que toca explican que, más allá de la técnica de codificación a seguir, las negociaciones de instrumentos internacionales sean intrincadas. Como se mencionó más arriba, esto se verifica actualmente tanto en el ámbito de un foro técnicamente especializado en derecho internacional privado —HCCH— como en el de un foro volcado a la asistencia de la infancia, las familias y los migrantes —ISS—.

El ISS directamente ha concentrado sus esfuerzos, así como los del Grupo de Expertos en gestación por sustitución que ha convocado, en la elaboración de un instrumento de derecho blando y, entre las diversas técnicas de *soft law* existentes, ha elegido la de los principios. El grupo tiene una conformación amplia, tanto en cuanto al número de personas que lo integran como en cuanto a las organizaciones —varias de ellas son de carácter gubernamental— a las que pertenecen. Se espera que el cuerpo de principios a adoptar provea un marco de referencia para el respeto de los derechos humanos en supuestos de gestación por sustitución transfronteriza.

En el caso de la HCCH y su Grupo de Expertos sobre filiación y gestación por sustitución, en cambio, la decisión debe ir de la mano de la delimitación de la materia concreta a regular. Téngase presente que el mandato del grupo excede a la gestación por sustitución transfronteriza, ya que se extiende también a aspectos de derecho internacional privado de la filiación en general.¹⁴ Por el momento, dado que se ha recomendado desarrollar instrumentos sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras,¹⁵ se trata de instrumentos de *hard law*.

Lo cierto es que, a pesar de la dificultad inherente a la construcción de un consenso en materia de acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución, existe una necesidad real de contar con instrumentos jurídicos internacionales que brinden certeza y protección jurídica a las mujeres gestantes, a los padres intencionales y, en especial, a los niños que nacen a raíz de esta práctica. Sin lugar a dudas, las técnicas de codificación presentadas, como herramientas del derecho internacional privado, pueden contribuir a la prevención y a la solución de conflictos en materia de gestación por sustitución.

¹⁴ HCCH, *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy*, 24 al 26 de marzo de 2015, párr. 5, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015 concl_en.pdf.

¹⁵ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 28 January-1 February 2019)*, *cit.*, párr. 32.

III. NORMAS DE COMPETENCIA INTERNACIONAL

Otras dos herramientas de las cuales dispone el derecho internacional privado son las normas de competencia internacional y las normas de derecho aplicable. La efectiva realización de la justicia en los casos derivados del tráfico jurídico internacional depende, en buena medida, de que los Estados cuenten con normas apropiadas para atribuirles competencia internacional a sus autoridades y para que éstas determinen qué derecho corresponde aplicar a cada controversia concreta. Las normas de ambas categorías pueden estar contenidas en cuerpos normativos de carácter interno o en instrumentos internacionales que, de preferencia, sean vinculantes para los Estados parte. En esta sección se hará alusión a las normas de competencia internacional.

Al hablar de la gestación por sustitución transfronteriza es relevante saber cuáles —las de qué país o países— son las autoridades competentes para diferentes cuestiones, a saber: emitir el acta de nacimiento del menor, establecer su filiación —antes o después de nacido— cuando ello sea pertinente, conocer cualquier controversia relativa a su filiación y/o al cumplimiento del acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución, decidir inscribir o rechazar un acta de nacimiento extranjera, o pronunciarse acerca de si se reconoce o no una sentencia dictada por un juez extranjero que haya determinado de quién o de quiénes es hijo o hija una persona. En materia de competencia internacional se debe procurar que haya una fuerte proximidad entre el caso y la autoridad competente.

A pesar de que las controversias relativas a la filiación pueden plantearse en cualquier momento de la vida de una persona e, inclusive, después de su muerte,¹⁶ en casos de gestación por sustitución transfronteriza lo más común será que inicien durante la primera infancia, cuando la familia regresa al Estado donde residen los padres intencionales. En cuanto a los criterios prevalentes para efectos de determinar la competencia internacional de las autoridades, aunque las soluciones son susceptibles de variar en función de las normas de cada Estado y de la gran riqueza de supuestos fácticos, en un esfuerzo de simplificación realizado desde una perspectiva global es posible considerar que, en general, son competentes las siguientes autoridades:

- Para la emisión del acta de nacimiento, las del lugar de nacimiento de la persona.
- Para el establecimiento de la filiación, las del lugar donde se producirá o se haya producido el nacimiento, o las del lugar de resi-

¹⁶ La impugnación de la filiación y su nueva determinación después de la muerte de la persona en cuestión es importante para efectos sucesorios.

dencia habitual o del país cuya nacionalidad ostentan uno o más progenitores.

- Para controversias relativas a la filiación, las del lugar de residencia habitual de la persona cuya filiación es controvertida, o bien las del lugar de residencia habitual de la persona que reconoce, en caso de reconocimiento voluntario de hijo.
- Para exigir el cumplimiento del acuerdo de gestación por sustitución, las del lugar de cumplimiento de la prestación reclamada —lo que implica abrir la puerta a la autonomía de la voluntad de las partes, que son quienes deciden dónde se habrá de cumplir cada prestación— o las del lugar de domicilio de la parte demandada.
- Para inscribir un acta de nacimiento extranjera, las del lugar de nueva residencia habitual de la persona de cuya filiación se trate.
- Para reconocer una sentencia extranjera en materia de filiación, las del país de nueva residencia habitual de la persona cuya filiación ha sido determinada por la sentencia.

Los referidos criterios para identificar cuáles son las autoridades competentes en cuestiones vinculadas con la filiación pueden servir como guías para orientar la discusión encaminada a la adopción de un instrumento internacional que contenga normas de competencia internacional directa¹⁷ o indirecta.¹⁸ Sin embargo, como surge de lo expresado más arriba, las soluciones pueden variar de Estado a Estado y, además, algunos de estos criterios pueden ser cuestionados. Por ejemplo, tomar el lugar de nacimiento como criterio para determinar la competencia para el establecimiento de la filiación quizá podría no ser lo más conveniente cuando el nacimiento haya tenido lugar en ese Estado fortuitamente¹⁹ o, al contrario, en casos de *forum shopping*.²⁰

¹⁷ Corresponde a la definición de “competencia judicial internacional” propuesta por Alfonso-Luis Calvo Caravaca y Javier Carrascosa González, quienes la conciben como “la aptitud legal de los órganos jurisdiccionales y autoridades públicas de un Estado, considerados en su conjunto, para conocer de las controversias suscitadas por las situaciones privadas internacionales, ya pertenezcan a la jurisdicción contenciosa o a la voluntaria”. Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, 10a. ed., Granada, Comares, 2009, vol. I, p. 69.

¹⁸ La competencia internacional indirecta es “la competencia del juez extranjero considerada a los fines del reconocimiento de una decisión que él ha dictado”. Audit, Bernard y D’Avout, Louis, *Droit international privé*, 6a. ed., París, Economica, 2010, p. 403, núm. 466.

¹⁹ Esto podría ser frecuente en zonas fronterizas y más aún en regiones donde los Estados no tienen territorios muy extensos, por lo que las personas se desplazan de manera habitual entre varios Estados.

²⁰ Es decir, cuando se haya provocado intencionalmente que el nacimiento se produjera en determinado Estado, por estimarse que las autoridades del mismo aplicarían un derecho

Asimismo, vale la pena subrayar el hecho de que, cuando en un Estado se solicita el reconocimiento de sentencias o de documentos públicos que prueben la filiación establecida en el extranjero, la autoridad del Estado receptor está facultada para llevar a cabo un control indirecto de la competencia de la autoridad extranjera que dictó la sentencia o emitió el documento. Los criterios o puntos de conexión a considerar para efectuar dicho control deberían, idealmente, ser previstos de manera expresa en un eventual instrumento jurídico internacional sobre reconocimiento.

Cuando un tratado internacional establece un catálogo de normas de competencia indirecta, los criterios de atribución en ellas plasmados servirán para indicar, al momento de decidir sobre su reconocimiento en un Estado parte extranjero, que la autoridad del Estado parte de origen que dictó la sentencia o emitió el acta era competente. Como lo señala Audit, “cada Estado conserva libertad en cuanto a sus normas de competencia para la acción de origen; pero, entre las decisiones que dicte, solamente serán reconocidas como emanadas de un juez indirectamente competente aquéllas que satisfagan una de las normas enunciadas en el tratado”.²¹

Las normas de competencia internacional de autoridades constituyen una herramienta del derecho internacional privado adecuada para contribuir a la efectividad en el acceso a la justicia por parte de los sujetos que de alguna manera están involucrados en acuerdos de gestación por sustitución transfronteriza, es decir, tanto para las partes —mujeres gestantes y padres intencionales— como para los niños que nacen en estas circunstancias.

IV. NORMAS DE CONFLICTO DE LEYES

Una vez identificada la autoridad competente, ésta tomará decisiones mediante la aplicación de normas jurídicas. Al tratarse de casos con elementos de extranjería, la autoridad deberá observarlos y resolverlos desde la lente de su sistema de normas de derecho internacional privado. Éste podrá estar conformado por normas de fuente internacional y por normas de fuente interna que, a su vez, prescribirán la aplicación de las normas de fondo —según el caso concreto— nacionales o extranjeras.

Un enfoque conflictual de la gestación por sustitución transfronteriza y sus diversos aspectos requieren la aplicación de normas de conflicto. Se tra-

que beneficia los intereses de los padres intencionales. Al fin y al cabo, es esto lo que sucede en los casos transfronterizos de gestación por sustitución.

²¹ Audit, Bernard y D’Avout, Louis, *op. cit.*, p. 431, núm. 499.

ta de aquellas que contemplan un caso iusprivatista derivado del tráfico jurídico internacional e indican cuál será el derecho sustantivo que lo regirá.

Llegando a este punto, es preciso recordar dos cuestiones: en primer lugar, que todavía no existe a nivel internacional un instrumento jurídico que regule los acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución, y, en segundo lugar, que la problemática de esta figura se inserta en otra más amplia: la de la filiación. En consecuencia, para conocer desde un contexto jurisdiccional determinado el derecho sustantivo que debe regir la gestación por sustitución, habrá que consultar, entre las normas de derecho internacional privado de fuente interna, aquellas que regulen especialmente la figura —si las hay— o las que, de modo más general, indiquen el derecho aplicable a la filiación o a ciertos aspectos de ésta que resulten relevantes en supuestos internacionales de gestación por sustitución. De tal manera, las normas de conflicto del foro serán las que indiquen qué derecho regirá la validez y los efectos del acuerdo de gestación por sustitución, la capacidad de la mujer gestante y de los padres intencionales para celebrarlo y el establecimiento de la filiación del menor nacido a raíz de tal acuerdo. En los sistemas jurídicos donde no existan normas de conflicto ni para la gestación por sustitución ni para la filiación, corresponderá recurrir a las que regulan el estado civil de las personas físicas.²²

1. *Criterios de conexión*

Para la capacidad y los aspectos íntimamente vinculados con la filiación —cuestión que se enmarca en el estado civil— hay Estados que se inclinan por la nacionalidad,²³ mientras que otros prefieren el domicilio²⁴ como factor relevante para definir cuál será el derecho aplicable. En lo que concierne al establecimiento de la filiación del niño nacido por gestación por sustitución,

²² En este sentido, véase Perezniето Castro, Leonel y Silva Silva, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2007, p. 254.

²³ Por ejemplo, se encuentran en esta situación Estados europeos como España, Francia o Italia. Los Estados que acogen la nacionalidad como punto de conexión de sus normas conflictuales sobre el estado civil suelen ser países de emigración que, basándose en el principio de personalidad de la ley, buscan que su legislación siga aplicándose a sus nacionales, a pesar de que ellos se encuentren en el extranjero.

²⁴ Por ejemplo, en esta situación se encuentran Estados latinoamericanos como Argentina, Uruguay o México. Los Estados que consagran el domicilio como punto de conexión de sus normas de conflicto sobre el estado civil suelen ser países de inmigración que, partiendo del principio de territorialidad de la ley, procuran que la misma legislación —la del foro— se aplique uniformemente a todos los que estén domiciliados en el territorio nacional, sin importar si son nacionales o extranjeros.

ción transfronteriza, también pueden ser importantes el lugar de nacimiento y la residencia habitual.

La residencia habitual es un criterio que todas las modernas convenciones de La Haya en materia de familia y niñez han acogido²⁵ y que resulta aceptable tanto por Estados que acogen el domicilio como por aquellos que acogen la nacionalidad para identificar el sistema jurídico a aplicar al estado civil. Ahora bien, despierta dudas la cuestión de si es factible considerar que el niño recién nacido puede tener residencia habitual o si sería mejor referirse a la residencia habitual de la gestante o a la de los padres intencionales. Si se admite que el neonato puede tener residencia habitual, hay que decidir cómo determinarla en el caso específico.²⁶

El empleo del criterio del lugar de nacimiento para la determinación del derecho que rige el establecimiento de la filiación tiene la ventaja de la certeza en la mayoría de los casos; sin embargo, no está exento de críticas, pues, como se señaló al aludir a las normas de competencia internacional de autoridades,²⁷ bien podría resultar fortuito o haber sido especialmente buscado por las partes.

En lo atinente al acuerdo transfronterizo de gestación por sustitución, cobran importancia las normas de conflicto sobre actos jurídicos y contratos. En este sentido, para la validez formal prevalece en derecho comparado como punto de conexión el lugar de celebración, en tanto que para los demás aspectos —principalmente los efectos del acuerdo— es dable entender que correspondería aplicar el derecho del lugar de cumplimiento, que generalmente coincidirá con el lugar de residencia habitual de la gestante, el

²⁵ Convenio del 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores; Convenio del 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional; Convenio del 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños; Convenio del 23 de noviembre de 2007 sobre cobro internacional de alimentos para los niños y otros miembros de la familia, y, finalmente, Protocolo del 23 de noviembre de 2007 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias.

²⁶ En la recientemente emitida *Nota sobre la residencia habitual y el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional* (La Haya, 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/036f7da3-2389-48b7-a87d-256bc4a50b4.pdf>), se indica que “se entiende a la residencia habitual como un concepto autónomo determinado por los hechos específicos de cada caso en particular y a la luz de los objetivos del Convenio de La Haya pertinente, y no por las limitaciones de la legislación nacional de cada Estado” (p. 8, párr. 5), y se enlistan de manera enunciativa diversos factores a tener en cuenta en el caso concreto (p. 53, párr. 70), señalándose que “cuanto menor sea el niño, más dependerá de sus padres la determinación de su residencia habitual” (p. 53, párr. 71).

²⁷ Véase la sección III de este capítulo.

del nacimiento, el del desembolso/reembolso de gastos médicos y, eventualmente —si ello fuera legal en el Estado en cuestión—, el lugar de pago de la contraprestación dineraria.

Además de los criterios de determinación del derecho aplicable aludidos individualmente a lo largo del presente apartado, corresponde señalar que, al fin y al cabo, todos ellos pretenden identificar el derecho más próximo a la relación jurídica. En esta línea, también podría considerarse un criterio más flexible, como sería el de la conexión real y sustantiva, arraigado en jurisdicciones de *common law*. Por otra parte, en vista de la posible adopción de un instrumento internacional que contenga normas de derecho aplicable, sería factible contemplar conexiones alternativas, acumulativas o subsidiarias, en tanto y en cuanto ello contribuya a una mejor protección de los derechos de los sujetos involucrados en la gestación por sustitución transfronteriza.

2. Límites a la aplicación del derecho extranjero

Como se señaló al inicio de este apartado, las normas de conflicto del foro aplicadas a un caso concreto pueden indicar que se debe recurrir al derecho extranjero. No obstante, para que ello realmente suceda, el resultado de la aplicación del derecho extranjero al caso concreto no debe vulnerar el orden público internacional del foro y tampoco debe haber existido fraude a la ley. El orden público internacional será examinado más adelante en este mismo capítulo.²⁸ En el presente apartado se aludirá a la figura del fraude a la ley.

En derecho internacional privado, el fraude a la ley “consiste en conferir a la situación privada una localización artificial a fin de sustraerla a la aplicación normal de las normas de conflicto de leyes del foro”.²⁹ El análisis para dilucidar si hubo fraude a la ley lo realiza el juez cuando debe identificar el derecho aplicable al caso y su norma de conflicto señala una ley extranjera. Para que haya fraude se requiere la existencia de una conducta específica a fin de localizar la situación bajo un sistema jurídico con el cual carece de vínculos y que dicha conducta haya sido realizada con intención fraudulenta. La sanción para las partes consiste en la no aplicación del derecho cuya aplicación persiguieron o, en otros términos, “la inoponibilidad en el foro de los derechos conferidos”³⁰ por la ley extranjera.

²⁸ Véase la sección VI de este capítulo.

²⁹ Rigaux, François, *Derecho internacional privado. Parte general*, trad. de Alegría Borrás Rodríguez, Madrid, Civitas, 1985, p. 401, núm. 504 bis.

³⁰ Audit, Bernard y D’Avout, Louis, *op. cit.*, p. 219, núm. 243.

Ahora bien, es preciso preguntarse si puede existir fraude a la ley en los casos de gestación por sustitución transfronteriza. Planteado en otros términos: ¿habría fraude en aquellos supuestos en los cuales la causa principal³¹ para llevar a cabo la práctica en el extranjero haya sido su prohibición en el derecho interno del Estado donde residen quienes desean ampliar su familia de este modo? Se trata de un tema escabroso, susceptible de generar confusión. Tanto la postura que niega toda posibilidad de fraude a la ley en el sentido que a esta figura se le confiere en derecho internacional privado como la que la afirma presentan argumentos atendibles. Adicionalmente, habrá que valorarlas a la luz de los hechos del caso concreto. Por consiguiente, se considera que no es apropiado pretender dar una respuesta abstracta y categórica a la interrogante formulada.

A modo de punto de partida, es preciso tener presente que, aunque fraude a la ley y orden público “son técnicamente distintos, en numerosas ocasiones han aparecido indiferenciados”,³² por lo que —como ya lo apuntaba Rigaux—³³ a veces no es fácil distinguirlos con claridad y, cuando ambos pueden aplicarse, la jurisprudencia parece preferir la excepción de orden público. En efecto, en algunas decisiones judiciales sobre gestación por sustitución transfronteriza, el fraude a la ley “no ha estado absolutamente ausente en el razonamiento”,³⁴ pero no fue el argumento que dio sustento a la decisión.³⁵

Según una primera postura, no existe el fraude a la ley en acuerdos internacionales de gestación por sustitución, debido a que no se produce una

³¹ Recuérdese que el motivo también podría ser otro, como menores costos en el extranjero. Véase la sección I del capítulo cuarto de la presente obra. Pero, además, debería tenerse en cuenta si los futuros padres intencionales ya estaban internacionalmente conectados (por nacionalidad, por ejemplo) con el Estado extranjero. En este sentido, véase Dreyzin de Klor, Adriana, *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales*, San José, Editora Jurídica Continental, 2013, pp. 92 y 93, disponible en: https://escuelajudicial/pj.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia_para_Costa_Rica.pdf.

³² Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2018, p. 170, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

³³ Rigaux, François, *loc. cit.*

³⁴ Dreyzin de Klor, Adriana, *op. cit.*, p. 88, en referencia a las decisiones de la Corte de Casación francesa (1a. Sala Civil) del 6 de abril de 2011, en los casos *Menesson* (Sentencia 370, 10-19.053, disponible en francés en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/370_6_19628.html) y *Labassée* (Sentencia 369, 09-66.486, disponible en francés en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/premiere_chambre_civile_568/369_6_19630.html). En la sentencia *Labassée* se alude expresamente al fraude a la ley.

³⁵ *Ibidem*, pp. 88 y 89.

alteración o manipulación de los hechos subyacentes al punto de conexión de la norma de conflicto. No se “crea una vinculación ficticia, aparente, puramente formal, entre el caso y un determinado país, cuya Ley los particulares desean ver aplicada al caso concreto”.³⁶ Es más, ni siquiera se está ante el supuesto en el cual un juez debe decidir si corresponde aplicar derecho extranjero al fondo de un caso derivado del tráfico jurídico internacional.

Tal fue la posición que adoptó la Dirección General de los Registros y del Notariado de España en su resolución del 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735) a propósito de un caso de gestación por sustitución transfronteriza vinculado a los sistemas jurídicos californiano y español. Lo hizo en los siguientes términos:

Los interesados no han utilizado una “norma de conflicto” ni tampoco cualquier otra norma con el fin de eludir una ley imperativa española. No se ha alterado el punto de conexión de la norma de conflicto española, mediante, por ejemplo, un cambio artificioso de la nacionalidad de los nacidos para provocar la aplicación de la Ley de California mediante la creación de una conexión existente pero ficticia y vacía de contenido con el Estado de California.³⁷

En cambio, para la segunda postura, hay fraude a la ley en la mayoría de los casos de gestación por sustitución transfronteriza, porque los comitentes han tenido la intención de evadir la legislación prohibitiva aplicable llevando a cabo esta práctica en el extranjero, en un Estado donde es legal, para regresar a su Estado de residencia habitual junto con el niño. Si se acepta esta postura, puede requerirse hacer una interpretación amplia del fraude a la ley, apuntando “al conjunto del proceso puesto en marcha por los interesados”³⁸ y a su intención de beneficiarse con una regulación extranjera más permisiva que la del foro.

Adicionalmente, otra perspectiva de análisis dentro de esta misma postura es la que propone Quiñones Escámez, quien indica que en estos casos

³⁶ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 1, núm. 2, octubre de 2009, p. 316, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/87/85>.

³⁷ Dirección General de los Registros y del Notariado, RJ 2009/1735, del 18 de febrero de 2009. Cit. por Quiñones Escámez, Ana María, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RDGRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2009, p. 29, disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

³⁸ Wautelet, Patrick, “De l'intérêt supérieur de l'enfant comme facteur de neutralisation de la fraude à la loi”, *Revue de Droit International Privé*, Gante, año 17, núm. 4, 2018, p. 63.

no hay fraude al punto de conexión,³⁹ pero sí un fraude al conflicto de calificaciones y, por ende, también a la norma de conflicto.⁴⁰ Según explica la referida autora, entre calificar la pretensión como una cuestión de filiación o calificarla como un contrato, si en el Estado de reconocimiento se prohíbe el contrato, lo más apropiado sería calificarla siguiendo el sistema *lege fori*.⁴¹ Ello conduciría, en caso de que España fuera el Estado de reconocimiento, a calificar la pretensión como una controversia de filiación y, en consecuencia, a “dudar de que competa al juez y a la ley californiana —para las autoridades españolas de reconocimiento— el establecer la filiación de los nacidos de españoles residentes”.⁴²

En el supuesto de que se considerara que existe fraude a la ley, dado que el fraude cometido por los padres de intención impediría al niño el ejercicio de derechos fundamentales, cabría preguntarse hasta qué punto sería justo sancionarlo⁴³ o si podría haber una dispensa. Si se le sancionara, se correría el riesgo de llegar al extremo de penalizar al niño por una conducta que no le es imputable. Se entiende que corresponderá encontrar respuestas caso por caso, ponderando los derechos e intereses en juego, así como teniendo en cuenta en todo momento el interés superior del niño.⁴⁴ En efecto, esto es lo que hizo la Corte de Apelaciones de Bruselas en un caso de gestación por sustitución transfronteriza:⁴⁵ a pesar de haber declarado que hubo fraude a la ley, resolvió reconocer la filiación establecida en California con respecto a una niña, pues en el caso concreto así lo requería el interés superior de la menor.⁴⁶

³⁹ *Ibidem*, p. 19.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁴¹ *Ibidem*, p. 35.

⁴² *Ibidem*, p. 36.

⁴³ Señala Nieve Rubaja que “hasta podría considerarse que el derecho del niño a una filiación sostenida (*favor filii*) debe también prevalecer en estas situaciones”. Rubaja, Nieve, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012, p. 332.

⁴⁴ De modo similar, el artículo 18 de la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, firmada en México el 18 de marzo de 1994, establece que en la acción de anulación de una adopción u otra institución afín constituida en un Estado parte, cuando su origen o fin fuere el tráfico internacional de menores, “se tendrá en cuenta en todo momento el interés superior del menor”. Disponible en: https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm.

⁴⁵ “Cour d’appel de Bruxelles, arrêt du 10 août 2018”, *Revue de Droit International Privé*, Gante, año 17, núm. 4, 2018, pp. 15-21.

⁴⁶ La Corte quiso preservar la coherencia en el seno familiar, por lo que atribuyó a la niña una filiación idéntica a la de su hermana gemela —que sí había sido reconocida—. Para ello, la Corte tuvo en cuenta, además, que las niñas ya tenían 4 años de edad, que desde su

3. *Breve corolario*

En esta sección se llevó a cabo el estudio de normas de conflicto de leyes que determinan el derecho aplicable a la gestación por sustitución transfronteriza o a determinadas cuestiones relacionadas de forma directa con ella. Evidentemente, tales normas son herramientas susceptibles de contribuir a solucionar problemas surgidos en torno a los acuerdos internacionales de gestación por sustitución y deberían ser tomadas en cuenta al regular la materia desde una perspectiva de derecho internacional privado.

V. RECONOCIMIENTO DE SENTENCIAS Y DE OTROS DOCUMENTOS PÚBLICOS EXTRANJEROS

Entre las herramientas del derecho internacional privado se encuentra el método del reconocimiento, que a su vez puede encuadrarse dentro de la cooperación internacional entre autoridades, entendida en un sentido amplio. El reconocimiento es susceptible de recaer sobre sentencias o resoluciones extranjeras emitidas por un juez o una autoridad administrativa con facultades jurisdiccionales del Estado requirente, o bien sobre otros documentos públicos emitidos por una autoridad extranjera.

En los supuestos internacionales de gestación por sustitución, la cuestión más delicada es la de la continuidad transfronteriza del estado de hijo: ¿será posible que la relación filial establecida en un Estado produzca efectos en otro? Se trata de determinar si es factible que la filiación establecida en el extranjero entre el niño y los padres intencionales sea reconocida en el Estado de destino donde reside o residirá la familia. En la reciente opinión consultiva a propósito del *caso Mennesson*,⁴⁷ el Pleno del TEDH entendió que, en casos de gestación por sustitución transfronteriza en los cuales el padre intencional está genéticamente vinculado con el niño nacido en el extranjero

nacimiento vivían en un hogar integrado por los dos padres intencionales y que ellos —ambos hombres— formaban una pareja estable de larga data, que asumen plenamente el rol de padres y que las niñas tienen los dos apellidos, así se les conoce en su ambiente social y ello corresponde plenamente a la realidad de su concepción. Al fin y al cabo, la Corte consideró que cada una de las niñas tiene derecho a gozar de la protección de ambos padres. *Ibidem*, p. 20.

⁴⁷ TEDH, Gran Sala, “Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)”, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>. Para mayores detalles y un análisis de la opinión, véase la sección VII del capítulo décimo de esta obra.

y la madre intencional no, el derecho al respeto de la vida privada del niño y la consideración de su interés superior requieren que el derecho del Estado de recibimiento ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre el niño y la madre intencional designada en el acta de nacimiento extranjera como madre legal.⁴⁸ Sin embargo, en cuanto a la manera de llevar a cabo dicho reconocimiento, este tribunal indicó que aquel Estado no está obligado a transcribir el acta de nacimiento extranjera en su registro civil, sino que puede emplear otros procedimientos, incluyendo la adopción, asegurando que su implementación sea pronta y efectiva.⁴⁹

El documento público extranjero donde consta la filiación puede ser un acta o partida de nacimiento,⁵⁰ un instrumento de reconocimiento voluntario de hijo o una sentencia. Cabe señalar que, habitualmente, el reconocimiento de hijo vendrá anotado en el acta de nacimiento.⁵¹ Ahora bien, tanto el acta de nacimiento como la sentencia que establece la filiación y la carta rogatoria que la acompaña tienen que ser auténticas.⁵² La autenticidad implica que hayan sido legalizadas o, si el Estado emisor y el Estado receptor son partes del Convenio de La Haya suprimiendo la exigencia de legalización de los documentos públicos extranjeros,⁵³ apostilladas. También

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ *Idem.*

⁵⁰ Nótese que, a diferencia de lo que sucede en la mayoría de Estados, en algunos países, como Alemania y Japón, el acta de nacimiento no prueba la relación jurídica de filiación, sino simplemente deja constancia de un hecho. Véase HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, p. 7, núm. 8, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009efc.pdf>. Se considera que el inconveniente de los diversos significados del acta de nacimiento en distintos sistemas jurídicos podría superarse con la creación de un certificado internacional de filiación, aunque la propuesta no está exenta de desafíos. Véase HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)*, octubre de 2018, pp. 3 y 4, núms. 17-22, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>.

⁵¹ Albornoz, María Mercedes, "Gestación por sustitución transfronteriza", en Comité Jurídico Interamericano, *Curso de Derecho Internacional XLIII 2016, Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 21 de octubre de 2016*, Washington D. C., Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, p. 16, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf.

⁵² 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. 170, disponible en: <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos-de-la-gestacion-por-sustitucion/>.

⁵³ Convenio del 5 de octubre de 1961. Texto en español y estado de situación actualizado, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=41>.

se requiere que, cuando hayan sido redactadas en un idioma diferente de la lengua oficial del Estado receptor, sean traducidas a esta última por un perito traductor o un traductor oficial.

El reconocimiento de sentencias acerca de la filiación de un menor establecida por vía judicial en el extranjero estará regido por las normas pertinentes vigentes en el Estado requerido, donde la familia reside o residirá. Es allí donde se encontrará la nueva residencia habitual del menor, coincidente con el domicilio de los padres intencionales. Si el Estado requerido no cuenta en sus normas de fuente internacional ni de fuente interna con un régimen especial para el reconocimiento de sentencias extranjeras sobre filiación, corresponderá aplicar el régimen general. Este último, que a su vez podrá ser de fuente internacional o autónoma y, llegado el caso, presentar variaciones de Estado a Estado, generalmente preverá los siguientes aspectos: un control indirecto de la competencia de la autoridad extranjera para dictar la sentencia; la verificación de que haya existido emplazamiento personal del demandado y de que éste haya podido ejercer su derecho de defensa; el carácter definitivo de la sentencia; la ausencia de litispendencia; ciertos requisitos de forma y autenticidad, y la exigencia de conformidad con el orden público (internacional) del Estado requerido. Se considera que no le corresponde al juez del Estado requerido efectuar un control que implique hacer una búsqueda de la ley aplicable a la filiación: de hecho, las normas de conflicto del foro no deben operar aquí, pues una autoridad extranjera ya ha identificado y aplicado una ley determinada para resolver el fondo del asunto.⁵⁴

En lo atinente al reconocimiento de actas de nacimiento otorgadas por las autoridades del Estado donde el menor nació, se aprecia una diversidad de criterios en derecho comparado. Así surge del estudio efectuado por la HCCH en marzo de 2014:⁵⁵ algunos Estados receptores reconocerán el acta de nacimiento extranjera si ésta respeta determinadas condiciones; otros definirán si es válida según la ley aplicable determinada por el derecho internacional privado del Estado receptor (en algunos países siempre conduce a la ley del foro); otros efectuarán una nueva determinación de la filiación, aplicando la ley sustantiva indicada por la norma de conflicto del foro; otros más reconocerán el acta si ésta es un acto público válido en el Estado de origen.

⁵⁴ En este sentido, véase Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, "Gestación por sustitución...", *op. cit.*, p. 299. Se estima que este criterio también debería seguirse en cuanto al reconocimiento de actas de nacimiento otorgadas en el extranjero; no obstante, como se verá de inmediato, algunos Estados aplican sus propias normas de conflicto en este contexto.

⁵⁵ HCCH, *op. cit.*, pp. 40-42, núm. 86.

Se entiende que sería sumamente positivo poder contar con un instrumento jurídico internacional que facilitara el reconocimiento de las actas de nacimiento extranjeras.⁵⁶

Por último, no debe olvidarse que el orden público internacional del foro interviene como límite tanto en el reconocimiento de una sentencia extranjera sobre filiación como en el reconocimiento de un acta de nacimiento extranjera. Esto significa que, si la autoridad competente del Estado receptor interpreta que el reconocimiento solicitado vulneraría el orden público internacional de su Estado, en principio debería denegarlo. Cabe señalar que el tema del contenido y la extensión del orden público internacional, así como su relación con el orden público interno, especialmente en los países de cuyo derecho de fuente interna prohíbe la gestación por sustitución, continúan siendo muy controvertidos.⁵⁷

A modo de conclusión de este apartado, puede afirmarse que el reconocimiento de sentencias extranjeras sobre filiación y de documentos públicos —en particular actas de nacimiento— es una de las herramientas del derecho internacional privado con mayor potencial para contribuir a la solución de conflictos en materia de gestación por sustitución transfronteriza.⁵⁸ Es posible que opere de manera conjunta, complementándose con las demás que son presentadas en este capítulo y, especialmente, con la excepción de orden público.

VI. ORDEN PÚBLICO INTERNACIONAL

Una herramienta del derecho internacional privado que puede tener gran incidencia en materia de gestación por sustitución transfronteriza es el orden público internacional. En efecto, los Estados de destino o de recepción de las familias han recurrido a este concepto para reafirmar su desaprobación de esta práctica reproductiva o de ciertas características⁵⁹ con las cuales la misma se ha desarrollado en el extranjero. A continuación, se hará una aproxima-

⁵⁶ Acerca de los trabajos del Grupo de Expertos sobre filiación y gestación por sustitución transfronteriza de la HCCH en este sentido, véase la sección II del capítulo decimoquinto de esta obra.

⁵⁷ Álvarez González, Santiago, *op. cit.*

⁵⁸ En este sentido, se ha señalado la necesidad de conferirle al método de reconocimiento un espacio más importante que el que hasta recientemente ha tenido dentro de la disciplina iusprivatista, a fin de proporcionar soluciones justas a los casos concretos. Dreyzin de Klor, Adriana, *op. cit.*, p. 103.

⁵⁹ Por ejemplo, la gestante recibió una retribución económica, su consentimiento no fue libre e informado, ninguno de los padres intencionales tiene un vínculo genético con el niño.

mación al concepto de orden público internacional, para luego examinar en qué momentos interviene y, posteriormente, cómo se relaciona con el interés superior del niño.

1. *Concepto de orden público internacional*

El orden público internacional de un país está integrado por los principios fundamentales del derecho de ese Estado "...que garantizan la cohesión jurídica de la sociedad de dicho país".⁶⁰ Se trata de "...principios generales, incluso de sentimientos, más a menudo que de normas..."⁶¹ específicas, que plasman lo que se percibe como justo en determinada sociedad en un momento concreto, que atañen a la cultura jurídica de cierto país y que las autoridades de ese Estado no pueden resignar, por más que se esté ante un caso iusprivatista internacional y que haya suficiente apertura como para permitir la eventual aplicación del derecho extranjero.

Ahora bien, puesto que los contornos de la noción de orden público internacional los van delineando los tribunales en sus sentencias, la mayor o menor amplitud que se le confiera⁶² irá mutando en el tiempo. Al dotarla de contenido, se debe evitar confundir el orden público internacional con el orden público meramente interno.⁶³

2. *Momentos en los que interviene el orden público internacional*

En derecho internacional privado, el orden público puede intervenir en distintas oportunidades y funcionar de manera diferente, aunque siempre con un importante aspecto en común: exige ser respetado.

Al momento en que un juez precisa determinar el derecho aplicable a un caso, el orden público internacional puede operar de dos formas: 1) como

⁶⁰ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, *Derecho internacional privado*, cit., p. 348.

⁶¹ Mayer, Pierre y Heuzé, Vincent, *Droit international privé*, 9a. ed., París, Montchrestien, 2007, p. 148, núm. 201.

⁶² Para apreciar cómo la Suprema Corte de Justicia italiana ha interpretado la excepción de orden público de manera restrictiva o de manera amplia en casos de gestación por sustitución transfronteriza, véase Baruffi, Maria Caterina, "International Surrogacy Arrangements Test the Public Policy Exception. An Italian Perspective", *Yearbook of Private International Law*, vol. 19, 2017/2018, pp. 295-312, especialmente pp. 304 y ss.

⁶³ No toda norma de orden público interno encarna un principio de orden público internacional. Así, por ejemplo, aunque internamente se prohíba la gestación subrogada, dicha prohibición no necesariamente debe proyectar su imperatividad a situaciones transfronterizas.

norma de policía, requiriendo su aplicación imperativa a una relación jurídica internacional, o 2) como excepción de orden público internacional, cuando una norma de conflicto indica que debe aplicarse derecho extranjero.⁶⁴ En este segundo supuesto, si la ley extranjera o el resultado de su aplicación contraviene el orden público internacional del foro, dicha ley extranjera no debe ser aplicada y lo que procede es sustituirla por el derecho sustantivo del foro. Aquí, el orden público internacional funciona como un filtro que obstaculiza la aplicación en el foro de la ley extranjera designada por la norma de conflicto.

Asimismo, hay otro momento en el que el orden público internacional puede actuar: el del reconocimiento de sentencias y de documentos públicos extranjeros.⁶⁵ Si el reconocimiento de una sentencia extranjera o de un documento emitido por una autoridad extranjera entrara en colisión con los principios de orden público internacional del foro, dicho reconocimiento debería ser denegado.

Suponiendo que en un Estado que prohíbe la gestación por sustitución o la priva de efectos jurídicos la disposición prohibitiva fuera considerada como norma de policía, su aplicación inmediata impediría el recurso al método de conflicto de leyes para determinar el derecho aplicable. Esto es precisamente lo que sugiere Quiñones Escámez con respecto al artículo 10 de la Ley 14/2006 de TRHA en España:

El que se invocara el artículo 10 de la citada ley como una ley de policía permitiría asegurar el respeto a una determinada política legislativa, prohibitiva de la maternidad subrogada, y que interpreta que tal prohibición es necesaria para impedir que la persona humana sea objeto del comercio de los hombres.⁶⁶

En cuanto al juego de la excepción de orden público cuando se está determinando el derecho aplicable a la filiación en el Estado donde residen habitualmente los padres intencionales y el niño nacido en el extranjero por gestación subrogada, se considera que podría tener relevancia en ciertos Estados que llevan a cabo un nuevo emplazamiento filiatorio. Ello sería así en la medida en que la norma de conflicto de leyes de dicho Estado prescribiera la aplicación del derecho extranjero en el caso concreto.

Por consiguiente, es dable afirmar que el momento clave para el análisis de conformidad o contrariedad con el orden público internacional del foro

⁶⁴ Véase la sección IV del presente capítulo, en especial el apartado 2.

⁶⁵ Véase la sección V del presente capítulo.

⁶⁶ Quiñones Escámez, Ana María, *op. cit.*, p. 17.

en casos de gestación por sustitución transfronteriza es aquel en el cual se solicita el reconocimiento de una sentencia o de un documento público extranjeros relativos a la filiación.

3. *Interés superior del niño y orden público internacional*

El interés superior del niño es un concepto jurídico indeterminado, cuyos contornos van siendo gradualmente moldeados por la legislación y, sobre todo, por la jurisprudencia en casos concretos.⁶⁷ El derecho del niño a la vida privada, así como el derecho a la identidad y el derecho a conocer los propios orígenes, son consustanciales al interés superior del niño y pueden verse afectados en casos de gestación por sustitución transfronteriza. Por eso es tan importante procurar, en la medida de lo posible, evitar situaciones de filiación claudicante y de apatridia.

Con respecto a la gestación por sustitución, una postura sostiene que la figura en sí misma vulnera el interés superior del niño, pues implicaría tomar al niño como objeto de un contrato, lo que impediría considerarlo como sujeto de derechos y aumentaría el riesgo de tráfico.⁶⁸ Para la postura opuesta, la gestación subrogada no viola el interés superior del niño, sino que lo satisface, dado que el niño ha sido deseado y especialmente buscado por los padres intencionales y, además, “no hubiera existido de no haberse recurrido a ella”.⁶⁹ Desde otra perspectiva, puede afirmarse que, una vez que el niño ha nacido en un Estado donde la práctica está permitida, lo que podría conculcar el interés superior de ese niño sería no reconocer su filiación legalmente establecida en el extranjero.⁷⁰

Dado que la directiva establecida en el artículo 3o. de la CDN⁷¹ exige que en toda medida que se adopte con respecto a un niño se le dé conside-

⁶⁷ Véase, con respecto a México, Tesis 1a./J. 44/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 7, t. 1, junio de 2014, p. 270, bajo el rubro “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS”.

⁶⁸ Hubert-Dias, Gwenaëlle, “L’intérêt supérieur de l’enfant, une considération primordiale?”, en Brunetti-Pons, Clotilde (dir.), *PMA, GPA: quel statut juridique pour l’enfant? Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au Conseil supérieur du notariat par le CEJESCO (Centre d’Études Juridiques sur l’Efficacité des Systèmes Continentaux)*, París, Éditions Mare & Martin, 2018, p. 131.

⁶⁹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 227.

⁷⁰ En este sentido, para un caso concreto, véase, por ejemplo, la sentencia de la Corte de Apelaciones de Bruselas, 10 de agosto de 2018 (*cit. supra*).

⁷¹ Artículo 3.1 de la CDN: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades admi-

ración primordial al interés superior del niño —al menos en los 196 Estados parte de la CDN—,⁷² este último es uno de los principios fundamentales que integran el orden público internacional.⁷³ Sin embargo, como el orden público internacional se compone de diversos principios, los jueces deben ponderarlos y decidir, según las circunstancias de cada caso concreto, cómo lograr un equilibrio entre ellos o cuál debe prevalecer. En consecuencia, los tribunales pueden recurrir al orden público internacional y al interés superior del niño como nociones separadas e, incluso, contrapuestas.

Lo que sucede es que, en algunos casos, al momento de decidir si se reconoce o no la filiación establecida en el extranjero cuando hubo gestación por sustitución, se emplea el interés superior del niño para morigerar la contundencia del orden público internacional,⁷⁴ de modo tal que éste atenúe sus efectos y se favorezca la continuidad de la filiación.⁷⁵ Así, por ejemplo, en un Estado que prohíbe la gestación subrogada y donde dicha prohibición es considerada de orden público internacional, podría permitirse el reconocimiento de la filiación establecida legalmente en el exterior a través de la invocación del interés superior del niño. Calvo Caravaca y Carrascosa González lo explican con respecto a España en estos términos:

Por tanto, el orden público internacional español, que opera de modo radical contra la validez y ejecución en España del contrato de gestación por sustitución, no debe intervenir frente a la certificación de la filiación de unos menores nacidos como consecuencia de dicho contrato (el orden público internacional español debe ser “atenuado” en relación con dicha filiación).⁷⁶

4. *Breve corolario*

Es preciso respetar la diversidad de actitudes estatales ante la gestación por sustitución. Ante situaciones transfronterizas, el orden público interna-

nistrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁷² Estatuto de la CDN a febrero de 2019, disponible en: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11&chapter=4&clang=_en.

⁷³ Es más, es posible afirmar que todas las disposiciones de la CDN, y, por ende, también el interés superior del niño, son de orden público universal. Véase Dreyzin de Klor, Adriana, *op. cit.*, p. 97.

⁷⁴ También puede utilizarse el interés superior del niño como factor de neutralización del fraude a la ley. Véase Wautelet, Patrick, *op. cit.*

⁷⁵ Baruffi, Maria Caterina, *op. cit.*, p. 300.

⁷⁶ Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, “Gestación por sustitución...”, *op. cit.*, p. 315.

cional será el escudo utilizado por los jueces del Estado de recepción para, cuando las circunstancias del caso concreto sean realmente intolerables para su sistema jurídico, negarse a reconocer el vínculo filiatorio establecido en el extranjero. Sin embargo, cabe tener presente que toda decisión debe tomar como consideración primordial el interés superior del niño. Ahora bien, tampoco es posible afirmar de manera general que en todo caso de gestación por sustitución transfronteriza la filiación deba ser reconocida sin más. Habrá que analizar cuidadosamente el caso específico y ponderar los principios en juego, procurando llegar a una solución justa que sea la que más beneficie al niño concreto.

VII. COOPERACIÓN INTERNACIONAL ENTRE AUTORIDADES

El aceite indispensable para que la maquinaria del derecho internacional privado funcione y pueda tener incidencia positiva en la vida de las personas y las familias es la cooperación internacional entre autoridades. Esta herramienta excede con creces el reconocimiento abordado más arriba,⁷⁷ aunque también lo comprende. Pero, además, abarca todas las normas que regulan la colaboración entre autoridades de distintos Estados. Las mismas pueden estar contenidas en instrumentos de fuente internacional, o bien ser de fuente interna. Todas ellas pueden coadyuvar de manera efectiva para dar respuesta a los graves problemas que se presentan en torno al establecimiento de la filiación en un Estado y sus efectos en otro respecto a casos de gestación por sustitución transfronteriza.

La cooperación internacional, más allá del estricto reconocimiento de sentencias y de documentos públicos extranjeros, incluye, por ejemplo, el establecimiento de comunicaciones judiciales entre autoridades de distintos Estados, redes internacionales de jueces y la actuación de autoridades centrales. Todas ellas pueden sacar gran provecho de las ventajas ofrecidas por las tecnologías de la información y la comunicación, tales como el correo electrónico, la mensajería instantánea, las plataformas virtuales de comunicación segura, los sitios de Internet, los programas de videoconferencia. En casos de gestación por sustitución transfronteriza, resultaría muy provechosa la cooperación veloz y eficaz entre las autoridades del Estado donde están domiciliados los padres intencionales y las autoridades del Estado donde reside la mujer gestante y donde probablemente se celebrará y se cumplirá el acuerdo, además de producirse el nacimiento del niño. La asistencia en-

⁷⁷ Véase la sección V del presente capítulo.

tre autoridades para efectos de información del derecho extranjero y prevención de la existencia de filiaciones claudicantes reviste una importancia fundamental y por eso se entiende que debería involucrar no sólo al Poder Judicial, sino también a autoridades administrativas, tales como las del Registro Civil y autoridades centrales.

Un posible futuro instrumento en materia de gestación por sustitución transfronteriza podría, inspirándose en otros convenios de La Haya para la protección de la niñez y la familia, instaurar un sistema de autoridades centrales. Dichas autoridades centrales, que serían designadas por los Estados parte, actuarían como puntos de contacto confiables entre los Estados vinculados a un caso concreto de gestación por sustitución. En caso de que se desarrollara la idea de instaurar un nuevo certificado internacional de filiación o de estampar un sello con la misma intención en las actas de nacimiento, las autoridades centrales podrían participar en su expedición, amén de cumplir sus funciones relacionadas con brindar a los interesados la información jurídica pertinente.

En suma, la cooperación internacional entre autoridades es una herramienta del derecho internacional privado sin la cual difícilmente podrían funcionar las demás. Por eso es tan importante estimular su desarrollo y perfeccionamiento en casos transfronterizos de gestación por sustitución, donde se requiere prevenir el surgimiento de situaciones de filiación claudicante y solucionar los conflictos cuando se presentan, a fin de proteger a la mujer gestante, a los padres intencionales y, sobre todo, al niño nacido a raíz de esta práctica.

VIII. CONCLUSIONES

Ante la diversidad de actitudes estatales acerca de la gestación por sustitución transfronteriza, la ausencia de instrumentos internacionales que regulen la materia y la problemática que se presenta en la práctica,⁷⁸ se considera urgente la búsqueda de soluciones. El derecho internacional privado dispone de una serie de herramientas que pueden contribuir a brindar respuestas, incrementando la certeza jurídica y el acceso a la justicia para las personas involucradas en acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución.

De manera que las técnicas de codificación internacional, las normas de competencia internacional, las normas de conflicto de leyes, el reconocimiento de sentencias y de documentos públicos extranjeros, la excepción de

⁷⁸ Con respecto a la problemática en materia de gestación por sustitución transfronteriza, véase el capítulo cuarto de la presente obra.

orden público internacional y su interacción con el interés superior del menor, así como la cooperación internacional entre autoridades, pueden actuar complementándose, a fin de coadyuvar a prevenir y solucionar conflictos en materia de gestación por sustitución transfronteriza. Aunque pueden ser beneficiosas si las emplea el legislador nacional, su utilidad resultaría maximizada si se plasmaran en uno o varios instrumentos internacionales —preferentemente de alcance universal—.

El gran desafío consiste en cómo ir construyendo puentes que permitan lidiar de la manera más justa posible con estas situaciones que se están presentando en la realidad, pero sin conculcar derechos. Se espera que, en un futuro más cercano que lejano, se pueda contar con uno o varios instrumentos jurídicos internacionales que brinden certeza jurídica a padres intencionales y mujeres gestantes y que, a su vez, protejan a los menores que nacen como consecuencia de acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- ALBORNOZ, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza”, en COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO, *Curso de Derecho Internacional XLIII 2016, Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 21 de octubre de 2016*, Washington D. C., Organización de los Estados Americanos, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos, 2016, disponible en: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XLIII_curso_derecho_internacional_2016_Publicacion_Completa.pdf.
- ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2018, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.
- AUDIT, Bernard y D’AVOUT, Louis, *Droit international privé*, 6a. ed., París, Economica, 2010.
- BARUFFI, Maria Caterina, “International Surrogacy Arrangements Test the Public Policy Exception. An Italian Perspective”, *Yearbook of Private International Law*, vol. 19, 2017/2018.
- BATIFFOL, Henri, “Le pluralisme des méthodes en droit international privé”, *Recueil des cours de l’Académie de Droit International de La Haye*, Leiden, t. 139, 1973-II.
- BONELL, Michael Joachim, “Soft Law and Party Autonomy: The Case of the UNIDROIT Principles”, *Loyola Law Review*, vol. 51, 2005.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, *Derecho internacional privado*, 10a. ed., Granada, Comares, 2009, vol. I.

- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado: consideraciones en torno a la resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de febrero de 2009”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 1, núm. 2, octubre de 2009, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/87/85>.
- “Cour d’appel de Bruxelles, arrêt du 10 août 2018”, *Revue de Droit International Privé*, Gante, año 17, núm. 4, 2018.
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales*, San José, Editora Jurídica Continental, 2013, disponible en: https://escuelajudicialbjv.poder-judicial.go.cr/Archivos/bibliotecaVirtual/familia/Familia_para_Costa_Rica.pdf.
- 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: <http://www2.juridicas.unam.mx/2016/01/28/aspectos-transfronterizos-de-la-gestacion-por-sustitucion/>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “El auge de las fuentes *soft* en el comercio internacional en tiempos de globalización”, en BECERRA RAMÍREZ, Manuel (coord.), *Fuentes del derecho internacional desde una visión latinoamericana*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2018, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/11/5143/12.pdf>.
- HCCH, *A Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HCCH, *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council on General Affairs and Policy*, 24 al 26 de marzo de 2015, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf.
- HCCH, “Convenios y protocolos”, disponible en: <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/>.
- HCCH, *Nota sobre la residencia habitual y el ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional*, La Haya, 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/036f7da3-2389-48b7-a87d-256ebc4a50b4.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts’ Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)*, octubre de 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>.

- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 28 January-1 February 2019)*, febrero de 2019, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.
- HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project*, disponible en: <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.
- HUBERT-DIAS, Gwenaëlle, “L'intérêt supérieur de l'enfant, une considération primordiale?”, en BRUNETTI-PONS, Clotilde (dir.), *PMA, GPA: quel statut juridique pour l'enfant? Actes du colloque organisé le 18 mai 2018 au Conseil supérieur du notariat par le CEJESCO (Centre d'Études Juridiques sur l'Efficacité des Systèmes Continentaux)*, París, Éditions Mare & Martin, 2018.
- KESSEDIAN, Catherine, “Codification du droit du commerce international et droit international privé: de la gouvernance normative pour les relations économiques transnationales”, *Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, t. 300, 2002.
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- MAYER, Pierre y HEUZÉ, Vincent, *Droit international privé*, 9a. ed., París, Montchrestien, 2007.
- PEREZNIETO CASTRO, Leonel y SILVA SILVA, Jorge Alberto, *Derecho internacional privado. Parte especial*, 2a. ed., México, Oxford University Press, 2007.
- QUIÑONES ESCÁMEZ, Ana María, “Doble filiación paterna de gemelos nacidos en el extranjero mediante maternidad subrogada. En torno a la RD-GRN de 18 de febrero de 2009”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2009, disponible en: http://www.indret.com/pdf/657_ess.pdf.
- RIGAUX, François, *Derecho internacional privado. Parte general*, trad. de Alegría Borrás Rodríguez, Madrid, Civitas, 1985.
- RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2012.
- WAUTELET, Patrick, “De l'intérêt supérieur de l'enfant comme facteur de neutralisation de la fraude à la loi”, *Revue de Droit International Privé*, Gante, año 17, núm. 4, 2018.

SEGUNDA PARTE
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN
EN EL DERECHO COMPARADO

CAPÍTULO SEXTO

ESTADOS QUE PERMITEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, MEDIE O NO UNA CONTRAPRESTACIÓN ECONÓMICA

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Georgia*. III. *Israel*. IV. *Rusia*. V. *Ucrania*.
VI. *Algunos estados de los Estados Unidos de América*. VII. *A modo de cierre*.
VIII. *Bibliografía*. IX. *Informes*.

I. INTRODUCCIÓN

En los años recientes se ha suscitado un debate a nivel mundial acerca de si se debería prohibir o permitir la gestación subrogada o gestación por sustitución y, en este último caso, en qué términos debería admitirse. Aunque la práctica no es nueva, ha sido en los últimos quince años cuando se ha extendido e, incluso, internacionalizado. De la misma manera, se han evidenciado conflictos legales suscitados por la paternidad o la maternidad de los hijos nacidos por este modo.¹ Quizá el más conocido sea el caso *Baby M*, en el que la gestante, quien además aportó su material genético, reclamó a los padres intencionales la maternidad sobre su hijo tras el nacimiento.² A raíz del caso *Baby M* se han hecho públicas múltiples situaciones de conflicto relacionadas con esta práctica.³

La figura de la gestación por sustitución es compleja debido a sus numerosas implicaciones éticas y jurídicas. Unido a lo anterior, su práctica, cada

¹ Lema Añón, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Trotta, 1999, p. 142.

² Sobre el caso *Baby M* se sugiere consultar Guzmán Ávila, Aníbal, “La subrogación de la maternidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, núm. 20, 2007, pp. 114-125; Rodríguez-Yong, Camilo Andrés *et al.*, “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXV, diciembre de 2012, pp. 59-81; Spivack, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 58, 2010, pp. 99 y ss.

³ Vidal Martínez, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, Civitas, 1988, pp. 185-188.

vez más frecuente, ha sido objeto de diferentes actitudes de Estado a Estado y resulta difícil encontrar unidad en las regulaciones sobre la gestación por sustitución, ya que cada país ha legislado con base en su realidad social y en su libre arbitrio.

Hay un número reducido de países que han legislado para permitir la gestación subrogada, medie o no una contraprestación económica para la mujer que gestará al o los hijos de la pareja o persona que figura en el acuerdo como padre, madre y/o padres intencionales, según sea el caso. Es común que personas que viven en países que no permiten o no regulan los acuerdos de gestación por sustitución se trasladen para realizar este tipo de acuerdos a los Estados en donde la regulación es más abierta o permisiva. Así es como nació el denominado “turismo reproductivo”:⁴ inician el proceso en ese Estado y, una vez que nace el o los hijos, vuelven a su país de origen. Desde luego, estos acuerdos de gestación por sustitución han evidenciado problemas legales que los individuos o parejas han enfrentado al momento de buscar que en su Estado se les reconozca como padres legales de los niños nacidos mediante este tipo de acuerdos en otro país.

Es muy difícil hacer un análisis de la situación legal actual de la gestación subrogada a nivel mundial, porque los marcos normativos, cuando existen, constantemente son modificados o nuevas interpretaciones que sustituyen las previas se producen de manera frecuente. En el plano internacional no se ha logrado, hasta este momento, un instrumento normativo que aborde aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución.

Entre los países que, por el momento, cuentan con una regulación permisiva y admiten la celebración de acuerdos de gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica, son los siguientes: Georgia, Israel, Rusia, Ucrania y algunos estados en Estados Unidos de América.

II. GEORGIA

La gestación subrogada es legal desde 1997 y está regulada en la Ley de Atención a la Salud.⁵ La Oficina de la Defensa del Pueblo en Georgia ha declara-

⁴ Eleonora Lamm define “turismo reproductivo” como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRHA. Véase Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, p. 21, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf. La European Society of Human Reproduction and Embryology ha criticado esta denominación del fenómeno, porque considera que se banalizan las razones por las que los individuos acceden a las TRHA, por lo que prefiere utilizar el término *cross-border reproductive care*.

⁵ “Law on health care of December 10 th., 1997. Chapter XXIII (Family Planning), Section 143. In vitro Fertilization Shall be Authorized”, en Brena Sesma, Ingrid y Romeo

do que desde aquel año han nacido alrededor de 3,000 niños por gestación subrogada; sin embargo, esta cifra es sólo una estimación, ya que las clínicas no están obligadas a reportar esa información. Los únicos datos reales que se pueden obtener proceden de las oficinas de registros notariales, que en 2012 consignaron 150 de estos registros y 170 en 2013, de acuerdo con los datos ofrecidos por el Ministerio de Salud de ese país.⁶ Están permitidos los acuerdos altruistas y los onerosos.⁷

El artículo 143, apartado b, de la Ley de Atención a la Salud prevé que se podrá recurrir a la gestación subrogada si una mujer no tiene útero, con el propósito de conseguir que otra mujer geste el embarazo. Los solicitantes deberán ser matrimonios y quedan excluidos individuos solos, uniones de hecho o parejas del mismo sexo, y deberá obtenerse el consentimiento firmado por los padres intencionales. Un precedente importante relativo a las disputas generadas con el nacimiento y registro de los niños nacidos por acuerdos de gestación subrogada en ese país fue resuelto el 23 de julio de 2015 por el tribunal civil de la ciudad de Tbilisi, Georgia.⁸ Debido a la imposibilidad de la mujer para embarazarse, un matrimonio recurrió a la gestación subrogada; no obstante, previo a la transferencia del embrión —fertilizado con gametos de la pareja—, surgió un desacuerdo en la pareja. El padre se negaba a que se transfiriera el embrión a la gestante; sin embargo, la mujer deseaba que se continuara con el acuerdo, por ser ésta la única manera de tener un hijo. El tribunal se centró en analizar los derechos de las partes, los intereses opuestos y, entre otras cosas, la necesidad de proteger un equilibrio justo. Así, dicho tribunal resolvió que el derecho de la mujer a convertirse en madre debía prevalecer, ya que la mujer no contaría con la oportunidad de tener un hijo genético de otra manera.

Sobre el registro de nacimiento de los niños nacidos por acuerdo de gestación subrogada, el párrafo segundo del artículo 143 de la Ley de Atención a la Salud establece que los padres intencionales serán considerados como los padres legales del o los niños que nazcan producto de estos acuerdos y asumirán derechos y obligaciones; los donantes o la gestante no tendrán ningún derecho u obligación parental. El artículo 30 de la Ley para Actos Civiles señala el procedimiento para el registro de los hijos nacidos como resultado de

Casabona, Carlos María (comps.), *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM-Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, 2006, t. I, pp. 637 y 638.

⁶ Ellena, Monica, “Georgia Considers Ending Fee-Based Surrogacy”, *Eurasianet*, 25 de marzo de 2014, disponible en: <https://eurasianet.org/georgia-considers-ending-fee-based-surrogacy>.

⁷ Khurtsidze, Ia, “Legal Regulation of Surrogacy in Georgia”, *European Scientific Journal*, 2016, pp. 165-169, disponible en: <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8597/8227>.

⁸ *Idem*.

procedimientos de reproducción asistida. Este ordenamiento prevé que los padres intencionales serán registrados como padres legales en los certificados de nacimiento de los hijos nacidos como consecuencia de estos acuerdos. Ni la gestante ni los donantes figurarán en el certificado de nacimiento.

Con relación al procedimiento para que el Estado autorice la salida del país a los niños nacidos como resultado de un acuerdo de gestación subrogada, el Ministerio de Justicia y el Ministerio de Asuntos Interiores de Georgia emitieron, en abril de 2016, la Orden Ejecutiva núm. 133-núm. 144.⁹ Este documento determina el procedimiento, las condiciones y las restricciones para autorizar la salida del país de los niños que han nacido mediando un acuerdo de gestación por sustitución, con la finalidad de proteger los derechos de la niñez y evitar el tráfico de menores. Se establece que la Agencia del Desarrollo de Servicios Gubernamentales, dependiente del Ministerio de Justicia, es la autoridad responsable de elaborar un registro, con base en la notificación generada por el establecimiento médico, relativa al procedimiento de fertilización extracorpórea y la solicitud de registro del acta civil de nacimiento presentada por o en nombre de las personas que figurarán en la inscripción como padres. Este registro servirá para que las autoridades migratorias de ese país verifiquen la información del menor cuya salida del territorio de Georgia se pretende lograr.

III. ISRAEL

Desde 1996, año de la promulgación de la Ley 5746, se admite en Israel la práctica de la gestación por sustitución. En un primer momento, una autoridad estatal específicamente creada para tal efecto (National Statutory Approvals Committee) debe autorizar los acuerdos. La legislación autoriza al comité que aprueba los acuerdos para permitir que se realicen a la gestante pagos compensatorios, mensualmente, por el “dolor y sufrimiento”, así como el reembolso de sus gastos. La Ley no exige dicha compensación y no especifica pagos mínimos ni máximos, lo que queda a criterio de las partes y, en última instancia, del Comité.¹⁰

⁹ Joint Order No. 133-No. 144 of the Minister of Justice of Georgia and the Minister of Internal Affairs of Georgia, “On Approval of the Rule of Exist of a Child Born as a Result of In Vitro Fertilization (Surrogacy) from Georgia”, dated April 11, 2016 and April 5, 2016 (documento disponible en georgiano; traducción no oficial realizada por Aleksí Asatashvili).

¹⁰ HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 10, marzo de 2012, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

Una vez que el embarazo llegó a término y el niño o niña ha nacido, la filiación legal será establecida judicialmente; sin embargo, la regla por defecto establecida por dicha ley refiere que los padres intencionales deberán ser los padres legales del niño. De igual manera, las partes del contrato deben residir en Israel y, a su vez, profesar la misma religión.¹¹ Asimismo, la Ley dispone que la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha existido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción y sólo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño. Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato.¹²

La Ley exige los siguientes requisitos:¹³ la comitente debe acreditar ser infértil o incapaz de llevar a cabo el proceso de gestación; los embriones deben haberse fecundado *in vitro* con óvulos de la madre intencional o de una donante, y con el espermatozoides del padre intencional o de un donante, pero la gestante no podrá aportar sus gametos; la gestante no puede estar relacionada con la comitente y debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja intencional acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera.¹⁴

La Ley ha sido aplicada por los tribunales sólo a los acuerdos de gestación subrogada realizados en Israel y no aplica a los celebrados en el extranjero. Las cuestiones relativas a los acuerdos internacionales han sido debatidas en el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas.¹⁵ En el contexto del Protocolo Facultativo de las Naciones Unidas sobre la venta de niños, el Comité observó su preocupación de que en Israel “no existe un procedimiento claro para los futuros progenitores de niños nacidos por madres

¹¹ Scotti, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el derecho internacional privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 38, 2015, p. 227, disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/558>.

¹² Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 22.

¹³ Bainham, Andrew, *The International Survey of Family Law 1996*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1998, pp. 240 y 241. Sobre el procedimiento específico que se deberá realizar para la aprobación de los acuerdos de gestación subrogada en Israel, véase “The Board for Approval of Surrogacy Agreements”, State of Israel, Ministry of Health, disponible en: https://www.health.gov.il/English/Services/Committees/Embryo_Carrying_Agreements/Pages/default.aspx.

¹⁴ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 13.

¹⁵ Naciones Unidas, “Concluding observations on the report submitted by Israel under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography” (CRC/C/OPSC/ISR/CO/1), 8 de junio de 2015, p. 28.

sustitutas en el extranjero, destinados a prevenir la venta oculta de niños y/o posibles abusos sexuales”.¹⁶

Debido a la prohibición legal en ese Estado para que parejas del mismo sexo y personas solteras puedan tener hijos mediante un acuerdo de gestación subrogada, es frecuente que viajen a otros Estados para ahí celebrarlos y, una vez que nace el o los hijos, volver a Israel. En 2015, tres padres intencionales viajaron a Tabasco, México, para establecer un acuerdo de gestación subrogada. En los tres casos, debido a la reforma que se produjo en 2016 al marco normativo en ese estado, la oficina del Registro Civil les negó el acta de nacimiento mexicana. Los padres intencionales lograron obtener para sus hijos un documento de identidad israelí con base en un precedente jurídico en Israel que obliga a reconocer la identidad por pruebas de ADN que acrediten el vínculo genético.¹⁷

En julio de 2018, asambleístas del parlamento e integrantes del Comité de Bienestar y Salud de Israel aprobaron un proyecto de ley en el que se permite celebrar acuerdos de gestación subrogada a mujeres solteras que, por razones médicas, estén impedidas para tener hijos; sin embargo, no se aprobó para parejas del mismo sexo, hombres solteros y mujeres solteras que no acrediten estar impedidas medicamente para llevar a término un embarazo. Esta decisión generó movilizaciones de rechazo, en las que participaron, principalmente, personas de la diversidad sexual de Israel, por considerar estos cambios al marco normativo como discriminatorios.¹⁸

IV. RUSIA

En Rusia es legal la gestación por sustitución desde 1993 y admite los acuerdos onerosos.¹⁹ Éstos pueden celebrarlos personas extranjeras no residentes en ese país.²⁰ Actualmente, la figura está regulada por el Código de Familia

¹⁶ HCCH, *Background Note for the Meeting of Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, p. 7, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.

¹⁷ GIRE, *Gestión subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, p. 53, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx>.

¹⁸ Willows, Jen, “Protets in Tel Aviv as Gay Amendment in Israeli Surrogacy Bill Thrown Out”, *BioNews*, 23 de julio de 2018, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_137284.

¹⁹ HCCH, *A Preliminary Report on the Issues...*, cit., p. 16.

²⁰ Emakunde, *¿Gestión subrogada o vientres de alquiler? (Informe final)*, 2018, pp. 24 y 59, disponible en: http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf.

de la Federación Rusa, la Ley Federal de Salud, la Orden del Ministerio de Salud núm. 67 “Sobre la aplicación de tecnologías de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina” y la Ley de Registro del Estado Civil de 1997.²¹

El Código de Familia prevé que los cónyuges que hayan dado su consentimiento para la transferencia del embrión en el útero de otra mujer con el fin de que lo geste sólo serán inscritos como los padres del niño con el consentimiento de la mujer que lo haya gestado.²² En 2012, el Tribunal Constitucional de ese Estado falló en un caso en el que la gestante se negó a dar su consentimiento para el registro de los padres intencionales como los padres legales y registró como suyo al hijo que gestó, con gametos provenientes de los padres intencionales. La pareja intencional argumentó la inconstitucionalidad del Código de Familia, que permite a la gestante conservar al niño que geste y dé a luz. El Tribunal Constitucional confirmó la constitucionalidad de esta disposición y rechazó la solicitud de los padres intencionales.²³

La Ley Federal de Salud define a la gestación subrogada como “la gestación y el nacimiento de un hijo en virtud de un contrato firmado entre una madre sustituta y los futuros padres cuyos gametos se utilizaron para la fertilización de una mujer soltera para quien la gestación y el nacimiento de un niño es imposible por razones médicas”. Además, la misma ley prevé que la gestante no podrá aportar sus gametos.²⁴

Los aspectos médicos de la práctica se prevén en la Orden núm. 67 del Ministerio de Salud Pública de la Federación Rusa²⁵ “Sobre la aplicación de las técnicas de reproducción asistida en el tratamiento de la infertilidad femenina y masculina”. Para poder ser gestante, las mujeres deberán ser mayores

²¹ Brunet, Laurence *et al.*, *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, Bruselas, European Parliament, 2012, p. 333, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/51063/1/_libfile_REPOSITORY_Content_Davaki%20%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf.

²² Clause 4, art. 51 & clause 3, art. 52 of the Russian Federation’s Family Code and clause 5, art. 16 of the Federal Law on Civil Status Records, disponible en: <http://www.jafbase.fr/docEstEurope/RussianFamilyCode1995.pdf>.

²³ Consejo de Europa, *Surrogacy*, Comité de Bioética, 5 de enero de 2017, p. 14, disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-e/168077cac9>.

²⁴ Brunet, Laurence *et al.*, *op. cit.*, p. 334.

²⁵ Order No. 67, 26 de febrero de 2003, disponible en: http://www.google.com.mx/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwiyh7zmn_PdAhUHKawKHXzqC5QQFjAAegQJCRAC&url=http%3A%2F%2Fvitanovaclinic.ru%2Fen%2Finfo%2Fflaw%2FOrder_67_RF_Health_ministry.doc&usq=AOvVaw0s11CqPkOO-SIKMhM8Rrj.

de edad y máximo 35 años; tener un hijo propio sano, y contar con buena salud psíquica y somática.

El procedimiento de registro de nacimiento de los hijos nacidos mediante un acuerdo de gestación subrogada es el mismo que el registro del nacimiento de un hijo concebido de forma natural. En el certificado de nacimiento se registrará a los padres intencionales como los padres legales, siempre y cuando la gestante haya dado su consentimiento por escrito. La Ley de Registro del Estado Civil de 1997 señala que los padres intencionales deberán presentar en el registro civil un documento escrito en el que conste la declaración médica, emitida por la clínica, en la que establezca que la gestante dio consentimiento para el registro de los padres intencionales.²⁶

Para poder realizar el registro del niño, la ley rusa exige que los padres intencionales estén casados, aunque algunas sentencias lo han extendido analógicamente a personas solas o parejas de hecho. El artículo 35 de la Ley Básica núm. 5487-1 “Sobre la protección de la salud de los ciudadanos de la Federación Rusa” reconoce que toda mujer tiene derecho a la fecundación *in vitro*. Si una mujer soltera tiene indicaciones médicas, podrá recurrir a otra mujer para que lleve a término el embarazo y, una vez que nazca el bebé, la comitente deberá ser inscrita como su madre, siempre que la gestante haya dado su consentimiento.

En agosto de 2009, la Corte de San Petersburgo obligó a la autoridad registral a realizar la inscripción de una mujer soltera como madre de un niño cuyo embarazo lo llevó a término una gestante sustituta.²⁷ Otro caso similar fue resuelto en agosto de 2010 por la Corte de Moscú, donde un hombre soltero que recurrió a un acuerdo de gestación —utilizando gametos donados— solicitó aparecer en el registro de nacimiento como único padre del hijo, por lo que fue el primer hombre en Rusia que buscó se reconociera su derecho ante una corte; además, la mujer que gestó el embarazo no aparece en el registro de nacimiento.²⁸ Después de estos casos, otros asuntos más han sido resueltos de la misma forma en Rusia.²⁹

²⁶ Brunet, Laurence *et al.*, *op. cit.*, p. 337.

²⁷ Svitnev, Konstantin, “Legal Regulation of Assisted Reproduction Treatment in Russia”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 20, núm. 7, 2010, p. 893, disponible en: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)00174-4/pdf](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)00174-4/pdf).

²⁸ Svitnev, Konstantin, “New Russian Legislation on Assisted Reproduction”, *Open Access Scientific Reports*, 2012, disponible en: <https://www.omicsonline.org/scientific-reports/srep207.php#11>.

²⁹ Svitnev, Konstantin, “Surrogacy and It’s Legal Regulation in Russia”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 20, núm. 3, octubre de 2010, p. 90, disponible en: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)62612-0/pdf](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)62612-0/pdf).

V. UCRANIA

Después de que países como la India,³⁰ Tailandia,³¹ Nepal³² y México (Tabasco)³³ reformaran su marco normativo y prohibieran a los extranjeros y/o no residentes celebrar acuerdos de gestación subrogada dentro de su jurisdicción,³⁴ Ucrania se colocó como un destino al que miles de parejas con problemas de infertilidad se trasladan para celebrar este tipo de acuerdos; sin embargo, no hay información disponible sobre el número de acuerdos celebrados y cuántos niños, hasta este momento, han nacido a consecuencia de la gestación por sustitución en ese país.³⁵

En julio de 2018 se presentó una iniciativa para prohibir el acceso a procedimientos de reproducción asistida a extranjeros, a menos que sean residentes permanentes en Ucrania.³⁶ Esta iniciativa se propuso a raíz de un escándalo a nivel mundial en el que la principal agencia para contratación de servicios de gestación subrogada en ese país fue acusada de la comisión de los delitos de tráfico de personas y falsificación de documentos.³⁷

³⁰ Circular 462, “Foreign Nationals (Including Overseas Citizen of India [OCI] Carholders) Intending to Visit India for Commissioning Surrogacy”, Ministerio de Salud y Bienestar Familiar, 3 de noviembre de 2015, disponible en: http://mea.gov.in/images/attach/surrogacy_03112016.pdf.

³¹ Protection for Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act, 1o. de mayo de 2015. Sobre la reforma a la ley, véase Stasi, Alessandro, “Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand”, *Clinical Medicine Insight*, vol. 11, diciembre de 2017, pp. 1-7, disponible en: [doi: 10.1177/1179558117749603](https://doi.org/10.1177/1179558117749603).

³² Corte Suprema, “Prohibición para acuerdos de gestación subrogada, entre otros, para extranjeros”, 12 de diciembre de 2016, disponible en: <https://np.usembassy.gov/u-s-citizen-services/child-family-matters/surrogacy-in-nepal/>.

³³ Reforma al Código Civil para el Estado de Tabasco publicada el 13 de enero de 2016 en el *Periódico Oficial*. Sobre la regulación de la gestación subrogada en México, véase GIRE, *op. cit.*

³⁴ Lamm, Eleonora, “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio de 2016, pp. 65-67, disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/130026/1/Una_vez_mas_sobre_gestacion_por_sustituc.pdf.

³⁵ HCCH, *Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Ukraine*, Prel. Doc. No. 3, abril de 2013, p. 16, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/5c44d8c6-86d9-48f2-af43-d272da4cb303.pdf>.

³⁶ *Draft Law on Amendments to Certain Legislative Acts of Ukraine (on the Protection of the Rights of Children while Using Assisted Reproductive Technologies)*, disponible en: http://mother-surrogate.info/wp-content/uploads/draft_%20bills_on_surrogacy_in_ukraine.pdf.

³⁷ Quaini, Fabiana, “Escándalo en alquiler de vientre en Ucrania”, *Derecho Internacional de Familia*, 16 de julio de 2018, disponible en: <http://fabianaquaini.blogspot.com/2018/07/ucrania-maternidad-subrogada.html>.

Actualmente, en Ucrania, el marco normativo para el acceso a TRHA está determinado por los siguientes ordenamientos: el Código Civil, el Código de la Familia, el Registro de Actos del Estado Civil y la Orden del Ministerio de Salud núm. 787 “Sobre la aprobación del procedimiento de uso de tecnologías de reproducción asistida”.³⁸ Para poder celebrar un acuerdo, los padres intencionales deberán estar casados o en una relación similar; además, el embrión deberá generarse con gametos de, al menos, uno de los padres de intención. La gestante no podrá aportar sus gametos para fertilizar el embrión.³⁹

El artículo 123.2 del Código de la Familia⁴⁰ determina que, si un embrión fertilizado con gametos provenientes de los cónyuges como resultado de TRHA se implanta en el útero de otra mujer, los cónyuges serán los padres legales del niño. En el registro civil no figurarán los datos de la gestante sustituta.

En 2009, un tribunal en Ucrania resolvió el caso de una pareja que recurrió a la gestación subrogada utilizando sus propios gametos. La gestante dio su consentimiento para participar en el acuerdo; sin embargo, después del nacimiento, registró a los niños como propios y se negó a entregarlos a los padres intencionales. El tribunal resolvió que la gestante no podía aparecer en el registro de nacimiento como la madre legal y agregó que, independientemente del periodo de permanencia del niño (niños) con la gestante, los niños tenían derecho a residir con sus padres biológicos.⁴¹

Por otra parte, el Código de la Familia regula el procedimiento para determinar la paternidad legal a partir del nacimiento.⁴² Los requisitos para poder celebrar un acuerdo de gestación subrogada son, entre otros, los siguientes: las TRHA se aplican de acuerdo con las indicaciones médicas; los padres de intención y la gestante deberán ser mayores de edad; la mujer gestante debió haber dado previamente a luz a un niño sano, y debe existir ausencia de contraindicaciones médicas.⁴³

VI. ALGUNOS ESTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Los acuerdos de gestación subrogada en Estados Unidos comenzaron a finales de 1970 y principios de 1980, cuando las agencias y clínicas privadas ofre-

³⁸ HCCH, *Questionnaire on the Private International Law Issues...*, cit., p. 11.

³⁹ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁰ Family Code of Ukraine, disponible en: <http://www.refworld.org/pdfid/4c4575d92.pdf>.

⁴¹ HCCH, *Questionnaire on the Private International Law Issues...*, cit., p. 35.

⁴² *Ibidem*, p. 14.

⁴³ *Idem*.

ción estos procedimientos a parejas infértiles. Uno de los primeros casos que se conoció sobre gestación subrogada internacional sucedió en 1987, cuando una mujer mexicana cruzó de manera ilegal hacia Estados Unidos para fungir como gestante, usando el espermatozoides del marido de su prima.⁴⁴ A mediados de 1990, parejas provenientes del Reino Unido, Australia y otros países comenzaron a buscar mujeres gestantes en Estados Unidos debido a las restricciones legales en sus Estados para celebrar estos acuerdos.⁴⁵

En este país, cada estado tiene sus propias reglas y legislación sobre la gestación por sustitución. No hay una regulación a nivel federal. En consecuencia, estos acuerdos están normados de manera diversa de estado a estado: en algunos es con base en legislación, y en otros, en resoluciones judiciales. Es por ello que resulta común que, para practicar este tipo de acuerdos, las personas o parejas prefieran viajar hacia estados con una regulación más amigable, como California.⁴⁶

En Estados Unidos, dieciocho estados admiten la celebración de acuerdos de gestación subrogada onerosos, de los cuales doce tienen una regulación estatutaria específica y seis cuentan con precedentes judiciales.⁴⁷ En este epígrafe, haremos referencia a algunos de los estados que tienen las regulaciones más flexibles y que admiten la gestación por sustitución, medie o no una contraprestación económica.⁴⁸

1. *Arkansas*

La ley que regula la gestación por sustitución en este estado es una de las más favorables en los Estados Unidos de América, ya que no impone restricción a ningún modelo de familia y no es necesario que los padres intencionales y gestante vivan en Arkansas para poder celebrar este tipo de acuerdos.⁴⁹

⁴⁴ Smerdon, Usha Rengachary, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India”, *Cumberland Law Review*, vol. 39, núm. 1, 2008, p. 27, disponible en: https://childhub.org/es/system/tdf/library/attachments/smerdon_08_cross_borders_1009.pdf?file=1&type=node&id=18960.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

⁴⁷ HCCH, *A Preliminary Report on the Issues...*, cit., p. 16.

⁴⁸ Sobre la regulación de la gestación por sustitución en Estados Unidos de América, véase Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2685&context=facpub>.

⁴⁹ “Arkansas Has Become a Magnet for Surrogacy Parenting – Including Gay Surrogacy. Arkansas Surrogacy Law Is Among the Most Liberal in the U. S. Much More Liberal than New

En 1989 se aprobó en Arkansas la Ley 647,⁵⁰ que prevé que el niño nacido como resultado de una TRHA sea reconocido como hijo biológico del padre y de su esposa —aunque esta última no tenga conexión genética con el bebé—, sólo del padre biológico —si no está casado— o de la madre intencional —si el espermatozoide para el proceso fue donado—. Al momento de registrar el nacimiento, se presume que la gestante es la madre, pero se puede obtener un nuevo certificado de nacimiento expedido por un tribunal, en el que conste la comitente como la madre legal.

Una decisión de la Corte Suprema de Estados Unidos tomada en 2017 declaró inconstitucional la práctica de Arkansas de registro de los padres de intención en el certificado de nacimiento, sólo si la pareja era un matrimonio heterosexual. En el caso, la Corte concluyó que, cuando un matrimonio del mismo sexo conciba un hijo por medio de inseminación artificial, el estado deberá incluir el nombre de su cónyuge en el certificado de nacimiento.⁵¹

2. California

En California, el procedimiento se basa en la jurisprudencia; en consecuencia, hay relativamente mayor flexibilidad para celebrar acuerdos de gestación subrogada y dicho estado es un destino al que suelen viajar un gran número de parejas y personas a nivel global. Los padres intencionales deben notificar el acuerdo a la corte estatal para poder figurar como padres legales en el certificado de nacimiento.

En este estado se admite desde 1993, fecha en la que la Corte Suprema de California dictó la sentencia sobre el caso *Johnson vs. Calvert*.⁵² El asunto versó sobre los siguientes hechos: una pareja fecundó un embrión *in vitro*, el cual se transfirió al vientre de una mujer que voluntariamente aceptó gestar a cambio de una remuneración económica. Antes de que el niño naciera, la gestante dijo que quería quedarse con el niño. La Corte Suprema resolvió que, cuando una mujer aporta su material genético y otra mujer gesta el embarazo, la madre legal será la que había tenido la intención de procrear; en consecuencia, los padres intencionales fueron considerados los padres del

York and European Laws”, disponible en: <https://www.wpaag.org/Surrogacy%20Law%20in%20AR%20magnet%20for%20gay%20surrogacy.htm>.

⁵⁰ Act 647 of 1989 Regular Session, disponible en: <http://www.arkleg.state.ar.us/acts/1989/Public/647.pdf>.

⁵¹ *Pavan v. Smith*, 137 S. Ct. 2075 (2017), disponible en: <https://law.justia.com/cases/arkansas/supreme-court/2017/cv-15-988.html>.

⁵² *Johnson vs. Calvert* (1993) 5 Cal. 4th 84, disponible en: <http://scocal.stanford.edu/opinion/johnson-v-calvert-31446>.

niño. La maternidad se definió por un acto de voluntad cuando dos elementos de la maternidad (el óvulo y la gestación) estaban en conflicto. Además, se dispuso que el contrato era vinculante para la gestante y que los padres intencionales eran los padres legales.⁵³

Otro asunto que marcó las directrices sobre los acuerdos de gestación subrogada es el caso *Buzzanca vs. Buzzanca*.⁵⁴ El matrimonio Buzzanca —John y Luanne— celebró un contrato con una mujer para que gestara el embarazo de un embrión generado con gametos provenientes de donantes anónimos. Durante el embarazo, la pareja se divorció y el ex cónyuge se negó a aceptar la paternidad; la gestante declaró no querer a la niña y, al no tener vínculo genético con ella, tampoco había responsabilidad ni obligación hacia la niña. Por su parte, Luanne reclamó la maternidad. En primera instancia se resolvió que la niña no tenía padres legales. En apelación, la Corte de Apelaciones de California determinó que Luanne era la madre legítima y tendría la custodia de la niña, y que John era el padre legítimo, por lo que tenía responsabilidades frente a la niña. En cuanto a la paternidad, se estableció que el esposo, al consentir que se realizara el procedimiento, era el padre legal, independientemente de no tener lazos genéticos con la niña.

En el derecho californiano, ni la gestante ni su pareja —si estuviera casada— tienen derecho o responsabilidad parental alguna sobre el nacido, disponiéndose expresamente que el personal del establecimiento donde tenga lugar el parto debe consignar el nombre de los padres intencionales en la declaración de nacimiento. Además, la legislación en ese estado dispone que la gestante debe residir en California, no estableciendo ningún otro requisito relativo al domicilio de los padres de intención. Esta circunstancia es la que deja la puerta abierta para que personas residentes en el extranjero recurran a California para llevar a cabo esta práctica y tener un hijo.

3. Illinois

El estado de Illinois dispone de un marco normativo que prevé desde la firma del acuerdo hasta la emisión de los certificados de nacimiento, regula-

⁵³ Sobre el caso, véase Valdés Díaz, Caridad del Carmen, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Badajoz, vol. XXXI, 2014, pp. 469-471, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>.

⁵⁴ *In re Marriage of Buzzanca (1998)*, Court of Appeals of California, Fourth District, Division Three, 10 de marzo de 1998, disponible en: <https://law.justia.com/cases/california/court-of-appeal/4th/61/1410.html>. Sobre el caso, véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 44.

do por la Ley de Paternidad de Illinois de 2015,⁵⁵ que sustituyó a la Ley de Paternidad de 1984.⁵⁶ La ley en vigor prevé que, en los acuerdos de gestación subrogada, el niño será considerado hijo legítimo de los padres intencionales inmediatamente después de su nacimiento. No podrá adjudicarse a la gestante ni su esposo, en su caso, como los padres del niño. Las condiciones para poder ser gestante son las siguientes: ser mayor de 21 años; haber dado a luz al menos a un niño; haber completado una evaluación de salud médica y mental; contar con asistencia legal independiente y con una póliza de seguro de salud.

Para poder celebrarse el acuerdo, el embrión que se genere deberá contar con material genético de, por lo menos, uno de los padres de intención.⁵⁷ Illinois es uno de los estados donde hay una mayor seguridad jurídica para la gestante, los padres intencionales y el hijo.

Aunque la regulación en ese estado no establece requisitos de residencia o domicilio en relación con la gestante o los padres intencionales, el nacimiento debe tener lugar en Illinois para que la legislación tenga efecto.⁵⁸

4. Nevada

En mayo de 2003 fue aprobada la Ley núm. 421, que modifica aspectos relacionados con la determinación de la paternidad y la maternidad en procesos de reproducción asistida y disposiciones relativas a los acuerdos de gestación por sustitución.⁵⁹ La Ley núm. 421 admite que los acuerdos prevean un pago para la gestante. Se le podrá reembolsar los gastos y las pérdidas económicas por el embarazo; además, se admite el pago de una contraprestación, la cual deberá acordarse entre las partes.⁶⁰ Pueden celebrar acuerdos de gestación subrogada las personas unidas en matrimonio y solteras.⁶¹ Para

⁵⁵ Illinois Parentage Act of 2015, disponible en: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs5.asp?ActID=3638&ChapterID=59>.

⁵⁶ Illinois Parentage Act of 1984, disponible en: <https://law.justia.com/codes/illinois/2013/chapter-750/act-750-ilcs-45>.

⁵⁷ Gestational Surrogacy Act, disponible en: <http://www.ilga.gov/legislation/ilcs/ilcs3.asp?ActID=2613&ChapterID=59>.

⁵⁸ Brunet, Laurence *et al.*, *op. cit.*, p. 52.

⁵⁹ Assembly Bill No. 421, Committee on Judiciary, disponible en: <https://www.leg.state.nv.us/App/NELIS/REL/77th2013/Bill/952/Text>.

⁶⁰ *Ibidem*, secc. 31 y 33: autoriza la retribución por los gastos incurridos por la gestante con base en el acuerdo de gestación subrogada celebrado.

⁶¹ *Ibidem*, sec. 11: “«Intended parent» means a person, married or unmarried, who manifests the intent as provided in sections 2 to 33, inclusive, of this act, to be legally bound as the parent of a child resulting from assisted reproduction”.

que sean ejecutables, las partes deberán consentir participar en el acuerdo y éste deberá estar notariado. Adicionalmente, deberá de acreditarse el cumplimiento de ciertos requisitos, a saber: que los padres intencionales y la gestante tengan asesoramiento de manera independiente sobre los términos y condiciones del acuerdo; que se realicen las evaluaciones médicas necesarias a la gestante; que la gestante no aporte material genético. Con relación a los padres intencionales, si están casados, ambos deberán consentir la celebración del acuerdo.⁶²

El acuerdo será ejecutable, incluso, si contiene una o más de las siguientes disposiciones: que la gestante deba someterse a los exámenes médicos, tratamientos y procedimientos recomendados por el médico que la atiende durante el embarazo; que prevea aspectos sobre abstenerse de cualquier actividad que los padres intencionales o el médico crean es perjudicial para el embarazo y el niño por nacer.⁶³

5. *Washington*

El 6 de marzo de 2018, el gobernador del estado de Washington firmó la Ley del Senado 6037,⁶⁴ que reforma la Uniform Parentage Act de 2017.⁶⁵ La nueva ley entró en vigor el 1o. de enero de 2019. Con la reforma se permite la celebración de acuerdos de gestación subrogada mediando compensación económica para la gestante, aspecto que estaba prohibido en el anterior ordenamiento.⁶⁶

Pueden celebrar acuerdos personas solteras o en pareja, del mismo o de diferente sexo. El proceso de reproducción asistida para lograr el embarazo de la gestante se puede realizar con gametos provenientes de la gestante, de los padres intencionales o de donantes.

Para que los acuerdos de gestación subrogada sean válidos, es necesario⁶⁷ que la gestante tenga más de 21 años; haber tenido, al menos, un hijo, y se realicen evaluaciones médicas tanto a la gestante como al o los padres intencionales. Las mujeres gestantes podrán tomar todas las decisiones so-

⁶² *Ibidem*, secc. 23-33.

⁶³ *Ibidem*, sec. 27(5).

⁶⁴ Con respecto a la discusión de la Ley 6037, véase <https://app.leg.wa.gov/billssummary?BillNumber=6037&Year=2017&initiative>. Bill 6037, disponible en: <http://lawfilesexet.leg.wa.gov/Bienium/2017-18/Pdf/Bills/Senate%20Bills/6037.pdf>.

⁶⁵ Véase <http://washingtonadoptionattorney.com/new-surroacy-law-in-washington/>.

⁶⁶ Bill 6037, secc. 702 y 704.

⁶⁷ *Ibidem*, sec. 702: “Eligibility to enter gestational or genetic surrogacy agreement”.

bre su salud y bienestar durante el embarazo, y se reconoce su derecho a decidir interrumpir el embarazo.⁶⁸ La gestante deberá contar con representación legal independiente —pagada por los padres intencionales— respecto a los términos del acuerdo y las posibles consecuencias legales de éste.⁶⁹

Por otra parte, las gestantes no tienen ningún derecho sobre los niños o las niñas que gesten, y serán los padres intencionales los que deberán asumir la responsabilidad sobre los niños o las niñas una vez que nazcan.⁷⁰

A pesar de que la nueva ley establece que, al menos, una de las partes —gestante o padres intencionales— debe ser residente de ese estado, se prevé que, si ninguna de las partes es residente, bastará con que se sometan a las evaluaciones médicas previstas en la normativa. Los acuerdos de gestación subrogada deberán estar certificados ante un notario.⁷¹

VII. A MODO DE CIERRE

El mercado reproductivo se transforma continuamente, en parte como respuesta a los cambios en los marcos legales en todo el mundo. Si los acuerdos de gestación por sustitución están prohibidos en un país para todos los grupos de individuos, otro Estado puede tomar su lugar en la oferta de estos servicios. Las reformas legislativas en torno a la gestación por sustitución en unos Estados producen efectos casi inmediatos en la práctica de otros, situación que genera a mediano plazo cambios en la política legislativa de éstos.

Un adecuado y completo marco normativo podría colaborar a reducir el número de personas y parejas que salen de su país para celebrar un acuerdo de gestación subrogada internacional. Más allá de la postura que cada Estado adopte para regular los acuerdos de gestación subrogada transfronteriza, sería deseable buscar acuerdos y emitir un instrumento internacional con miras a proteger los derechos de todas las personas involucradas, en especial los de los niños nacidos a consecuencia de estos acuerdos y los de las mujeres gestantes que participan en éstos.

Como se adelantó al inicio del capítulo, actualmente la diferencia en los marcos normativos de Estado a Estado se debe, entre otras razones, a la diversidad de enfoques; esta situación hace aún más difícil avanzar en la

⁶⁸ *Ibidem*, sec. 704: “Requirements of gestational or genetic surrogacy agreement—content”.

⁶⁹ *Ibidem*, sec. 703: “Requirements of gestational or genetic surrogacy agreement—process”.

⁷⁰ *Ibidem*, sec. 704: “Requirements of gestational or genetic surrogacy agreement—content”, y sec. 709: “Parentage under gestational surrogacy agreement”.

⁷¹ *Ibidem*, sec. 703: “Requirements of gestational or genetic surrogacy agreement—process”.

emisión de un instrumento internacional en materia de gestación por sustitución transfronteriza, susceptible de ser aceptado por un buen número de Estados.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

- BAINHAM, Andrew, *The International Survey of Family Law 1996*, Países Bajos, Martinus Nijhoff, 1998.
- BRENA SESMA, Ingrid y ROMEO CASABONA, Carlos María (comps.), *Código de leyes sobre genética*, México, UNAM-Universidad de Deusto-Universidad del País Vasco, 2006, t. I.
- BRUNET, Laurence *et al.*, *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, Bruselas, European Parliament, 2012, disponible en: <http://eprints.lse.ac.uk/51063/>.
- GUZMÁN ÁVILA, Anibal, “La subrogación de la maternidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Puebla, núm. 20, 2007.
- KHURTSIDZE, Ia, “Legal Regulation of Surrogacy in Georgia”, *European Scientific Journal*, 2016, disponible en: <http://eujournal.org/index.php/esj/article/view/8597/8227>.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.
- LAMM, Eleonora, “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, *Ars Iuris Salmanticensis*, vol. 4, junio de 2016, disponible en: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/130026/1/Una_vez_mas_sobre_gestacion_por_sustituc.pdf.
- LEMA AÑÓN, Carlos, *Reproducción, poder y derecho. Ensayo filosófico-jurídico sobre las técnicas de reproducción asistida*, Madrid, Trotta, 1999.
- MARÉ, Louis, *The Feasibility of Compensated Surrogacy in South Africa: A Comparative Legal Study*, University of South Africa, 2016.
- RODRÍGUEZ-YONG, Camilo Andrés *et al.*, “El contrato de maternidad subrogada: la experiencia estadounidense”, *Revista de Derecho*, Valdivia, vol. XXV, diciembre de 2012.
- SCOTTI, Luciana Beatriz, “La gestación por sustitución y el derecho internacional privado: perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial

- de la Nación Argentina”, *Revista de la Facultad de Derecho*, Uruguay, núm. 38, 2015, disponible en: <http://revista.fder.edu.uy/index.php/rfd/article/view/511/558>.
- SMERDON, Usha Rengachary, “Crossing Bodies, Crossing Borders: International Surrogacy between the United States and India”, *Cumberland Law Review*, vol. 39, núm. 1, 2008, disponible en: https://childhub.org/es/system/tdf/library/attachments/smerdon_08_cross_borders_1009.pdf?file=1&type=node&id=18960.
- SPIVACK, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, núm. 58, 2010.
- STASI, Alessandro, “Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand”, *Clinical Medicine Insight*, vol. 11, diciembre de 2017, disponible en: [doi: 10.1177/1179558117749603](https://doi.org/10.1177/1179558117749603).
- SVITNEV, Konstantin, “Legal Regulation of Assisted Reproduction Treatment in Russia”, *Reproductive BioMedicine Online*, vol. 20, núm. 7, 2010, disponible en: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)00174-4/pdf](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)00174-4/pdf).
- SVITNEV, Konstantin, “New Russian Legislation on Assisted Reproduction”, *Open Access Scientific Reports*, 2012, disponible en: <https://www.omicsonline.org/scientific-reports/srep207.php#11>.
- SVITNEV, Konstantin, “Surrogacy and It’s Legal Regulation in Russia”, *Reproductive Biomedicine Online*, vol. 20, núm. 3, octubre de 2010, disponible en: [https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483\(10\)62612-0/pdf](https://www.rbmojournal.com/article/S1472-6483(10)62612-0/pdf).
- VALDÉS DÍAZ, Caridad del Carmen, “La maternidad subrogada y los derechos de los menores nacidos mediante el uso de esas técnicas”, *Anuario de la Facultad de Derecho*, Badajoz, vol. XXXI, 2014, disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5212185>.
- VIDAL MARTÍNEZ, Jaime, *Las nuevas formas de reproducción humana*, Madrid, Civitas, 1988.

IX. INFORMES

- CONSEJO DE EUROPA, *Surrogacy*, Comité de Bioética, 5 de enero de 2017, disponible en: <https://rm.coe.int/inf-2016-4-addendum-e/168077cac9>.
- CORNELL LAW SCHOOL. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS POLICY ADVOCACY CLINIC y NATIONAL LAW UNIVERSITY, DELHI, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications,

- núm. 1551, disponible en: <https://scholarship.law.cornell.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com/&httpsredir=1&article=2685&context=facpub>.
- EMAKUNDE, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? (Informe final)*, 2018, disponible en: http://www.emakunde.euskadi.eus/contenidos/informacion/publicaciones_informes/es_emakunde/adjuntos/ges_sub_vie_alq_informe.pdf.
- GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx>.
- HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 10, marzo de 2012, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.
- HCCH, *Background Note for the Meeting of Experts Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.
- HCCH, *Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Ukraine*, Prel. Doc. No. 3, abril de 2013, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/5c44d8c6-86d9-48f2-af43-d272da4cb303.pdf>.
- NACIONES UNIDAS, “Concluding observations on the report submitted by Israel under article 12, paragraph 1, of the Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the sale of children, child prostitution and child pornography” (CRC/C/OPSC/ISR/CO/1), 8 de junio de 2015.

CAPÍTULO SÉPTIMO

ESTADOS CUYA LEGISLACIÓN PERMITE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, SÓLO SI ES ALTRUISTA

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

SUMARIO: I. Introducción. II. Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con un régimen uniforme y sólo se le permite si es altruista. III. Estados donde, desde que se legisló la gestación por sustitución, ésta cuenta con marcos jurídicos diferentes en cada entidad federativa y sólo se le permite si es altruista. IV. Estados que ya no permiten la gestación por sustitución onerosa y sólo admiten la altruista. V. Conclusión. VI. Bibliografía. VII. Informes.

I. INTRODUCCIÓN

La gestación subrogada —a partir del uso de TRHA— es una práctica controvertida y su regulación cuenta con distintos enfoques y encuentra respuestas muy diversas de Estado a Estado. En aquellos países que tienen un marco normativo permitiéndola, existe una gran diferencia sobre los elementos y requisitos para poder realizarla.

Según datos obtenidos en 2016 por la International Federation of Fertility Societies (en adelante, IFFS), en los países que permiten la gestación subrogada, de los sesenta y un Estados que respondieron, dieciséis afirmaron que no está permitida ninguna compensación, siete únicamente permiten el pago por el tiempo y los gastos realizados, y ocho autorizan que se entregue un pago adicional al reembolso de los gastos efectuados por la gestante. Sin embargo, treinta países no respondieron o contestaron que no sabían.¹

Algunas de las razones que se han dado para prohibir los acuerdos mediante compensación económica son que los incentivos económicos pueden

¹ IFFS Surveillance 2016, *Global Reproductive Health*, vol. 1, núm. 1, 2016, pp. 73-75, disponible en: https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2016/09000/IFFS_Surveillance_2016.1.aspx.

forzar la libertad y explotar a mujeres pobres o sin recursos;² no obstante, otros autores han señalado que la exigencia de gratuidad no está reñida con la de compensación por las molestias, sin dejar de reconocer la dificultad de dilucidar cuándo una compensación resarcitoria se convierte en una verdadera retribución.³ Otras voces señalan que asumir que la gestación por sustitución siempre conlleva explotación para las gestantes es un reduccionismo paternalista y desconoce su autonomía y capacidad de consentir.⁴

Entre los países que, hasta el momento, han regulado los procesos de gestación por sustitución, la mayoría permite solamente los celebrados de manera altruista y prohíbe los de carácter oneroso. Entre ellos es posible identificar dos grupos: en primer lugar, los Estados que desde que legislaron esta materia sólo permiten la gestación subrogada altruista, entre los cuales, a su vez, se distinguirá los que tienen un régimen uniforme para la materia y aquellos donde cada estado o entidad federativa cuenta con un marco normativo diferente sobre gestación por sustitución; en segundo lugar, aquellos que inicialmente admitían o toleraban, incluso, la gestación subrogada onerosa, pero que posteriormente, en un momento relativamente reciente, optaron por adoptar una regulación restrictiva de la práctica, permitiendo sólo la gestación por sustitución de carácter altruista.

II. ESTADOS DONDE, DESDE QUE SE LEGISLÓ LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, ÉSTA CUENTA CON UN RÉGIMEN UNIFORME Y SÓLO SE LE PERMITE SI ES ALTRUISTA

1. *Reino Unido*

En respuesta a los hallazgos reportados en el informe *Warnock* de 1984,⁵ se aprobó en 1985 en el Reino Unido la *Surrogacy Arrangements Act*,⁶ en la

² Bellver Capella, Vicente, “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, Valencia, vol. 28, núm. 93, 2017, pp. 229-244, disponible en: <http://www.redalyc.org/html/875/87551350007/>.

³ Ortega Lozano, Ramón *et al.*, “Gestación subrogada: aspectos éticos”, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, Madrid, núm. 28, 2018, pp. 69 y 70, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>.

⁴ Lamm, Eleonora, “Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo”, *Microjuris*, 3 de diciembre de 2018, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>.

⁵ Committee of Enquiry into Human Fertilisation and Embryology, *Warnock Report*, 1984, disponible en: <https://www.bioeticaweib.com/warnock-report/>.

⁶ *Surrogacy Arrangements Act*, disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/pdfs/ukpga_19850049_en.pdf.

cual se estableció la prohibición para realizar acuerdos de gestación por sustitución cuya finalidad fuera comercial. Asimismo, se prohibió participar o promover negociaciones con el propósito de concertar un acuerdo de gestación subrogada y, a su vez, se penalizó esta actividad; sin embargo, se admitió la gestación por sustitución no onerosa⁷ y sin intermediarios.⁸

Posteriormente, la Human Fertilisation and Embryology Act de 1990⁹ estableció que, si bien celebrar un acuerdo de sustitución no constituía un delito, ningún contrato suscrito entre una gestante y la pareja comitente o un hombre soltero iba a ser legalmente ejecutable.¹⁰ Esta ley incluye también algunas modificaciones, principalmente en aspectos relacionados con la transferencia de la filiación de la gestante hacia los padres intencionales.¹¹

Conforme a la ley, el juez inglés puede establecer la filiación del niño respecto de los padres intencionales mediante una orden parental que transfiere la filiación inicialmente establecida.¹² En efecto, la filiación se determina desde el nacimiento con respecto a la mujer que da a luz y puede transferirse a los padres intencionales si ellos la solicitan a los tribunales y si quien dio a luz manifiesta su consentimiento, el cual sólo será válido una vez transcurrido un periodo de reflexión de seis semanas contadas desde el nacimiento.¹³ Esta regulación se vio reforzada con la entrada en vigor de la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008, que mantenía los mismos principios, pero extendió la posibilidad de establecer la filiación del menor con respecto a parejas del mismo sexo, en una unión civil registrada.¹⁴

⁷ Warnock, Mary, *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?*, Barcelona, Gedisa, 2004, p. 107.

⁸ Se admite el pago a la mujer gestante de los gastos razonables, pero esta retribución no priva al contrato de su gratuidad.

⁹ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, disponible en: http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/37/pdfs/ukpga_19900037_en.pdf.

¹⁰ Warnock, Mary, *op. cit.*, p. 105. Véase Human Fertilisation and Embryology Act 1990, section 36(1).

¹¹ Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform*, 2015, p. 11, disponible en: <https://www.kent.ac.uk/law/research/projects/current/surrogacy/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>.

¹² Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, pp. 15 y 16, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf. Véase Human Fertilisation and Embryology Act 2008, section 54, disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents>.

¹³ Human Fertilisation and Embryology Act 1990, section 30(6).

¹⁴ Human Fertilisation and Embryology Act 2008, section 54(2). Véase Alghrani, Amel y Griffiths, Dannielle, “The Regulation of Surrogacy in the United Kingdom: The Case for Reform”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, núm. 2, 2017, pp. 165-186, disponible en: <http://sro.sussex.ac.uk/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20%281%29.pdf>.

En 2015, el Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform elaboró un informe sobre la práctica de la gestación subrogada en ese país. La intención del informe fue despejar algunos mitos sobre la práctica y hacer algunas recomendaciones para una futura reforma al marco normativo en ese Estado. En particular, el grupo efectuó, entre otras, las siguientes recomendaciones: que las órdenes parentales deban ser autorizadas previamente, a fin de que los padres intencionales asuman la paternidad legal a partir del nacimiento del o de los hijos; que se permita obtener una orden parental a las personas solteras que recurran a la gestación subrogada; que se considere viable que los padres de intención recurran a la doble donación de gametos.¹⁵ En 2015, un residente inglés soltero recurrió a la gestación subrogada en Estados Unidos y solicitó una orden parental al gobierno del Reino Unido, petición que fue denegada, toda vez que, conforme a la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008, solamente podía otorgarse a las parejas unidas en matrimonio o en una relación similar.¹⁶

Algunas de las conclusiones que reporta este informe revelan que, pese a que en los últimos años hubo un incremento en el número de personas que recurren a la gestación subrogada fuera del Reino Unido, las cifras muestran que no es elevado el número de parejas que optan por realizar estos acuerdos en otros países.¹⁷

Aunque la ley sólo admite el pago por los gastos razonables erogados, se han presentado casos en los que la compensación que reciben las gestantes es considerablemente superior a aquéllos. El caso *Re X and Y (Foreign Surrogacy)*¹⁸ es un ejemplo de esto. Una pareja inglesa recurrió a una gestante sustituta en Ucrania, a la que le pagaron 23,000 libras; el pago fue autorizado posteriormente para que se pudiera emitir una orden parental. La razón para autorizarlo fue buscar el bienestar del niño, a quien se le afectaría con la negativa de emitir la orden parental para los padres intencionales.

¹⁵ Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *op. cit.*, p. 39.

¹⁶ Horsey, Kirsty, "Fraying at the Edges: UK Surrogacy Law in 2015", *Medical Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2016, pp. 609 y 610, disponible en: <https://doi.org/10.1093/medlaw/fww013>. Sobre el caso *Re Z (A Child) (No. 2)*, véase Alghrani, Amel y Griffiths, Dannielle, *op. cit.*, p. 174.

¹⁷ Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *op. cit.*, p. 18. Los datos de la encuesta revelan que catorce parejas realizaron el acuerdo en Estados Unidos; tres, en la India; dos, en Tailandia, y una, en Nepal. La razón principal por la que dijeron haber recurrido a la gestación subrogada fuera del Reino Unido fue la disponibilidad de gestantes sustitutas en esos países. La mayor proporción de los padres intencionales fueron parejas de hombres.

¹⁸ Theis, Lucy *et al.*, "Re X and Y, Foreign Surrogacy: A Trek Through a Thorn Forest", *Family Law*, marzo de 2009, disponible en: <https://www.nataliegambleassociates.co.uk/uploads/doc/s/53c63482700b9.pdf>.

El informe observa que lo que podría considerarse como pagos que exceden los “gastos razonables” o la mera compensación casi siempre será autorizado por un tribunal, salvo que por otra razón pudiera estimarse que la concesión de una orden parental a favor de los padres de intención no se correspondería con el interés superior del niño.¹⁹

En julio de 2018, el gobierno publicó la Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018,²⁰ con el propósito de enmendar la incompatibilidad de la sección 54 de la Human Fertilisation and Embryology Act de 2008 con lo previsto en los artículos 8o. —derecho al respeto a la vida privada y familiar— y 14 —prohibición de discriminación— del CEDH.²¹ Según la referida sección 54, la disponibilidad de una orden parental estaba limitada a dos personas casadas o en una relación similar al matrimonio. La enmienda prevé que una persona soltera también podrá obtener una orden parental.²² Después de varias revisiones, la (Remedial) Order fue aprobada por ambas cámaras y entró en vigor el 3 de enero de 2019.²³

2. Grecia

En diciembre de 2002, el parlamento griego aprobó la Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, que regula la gestación por sustitución.²⁴ En 2005 se incorpora de manera expresa en la Ley 3305/2005²⁵ la prohibición para realizar pagos a la mujer gestante por participar en estos acuerdos e impone sanciones penales en caso de que se hagan. Una característica de la regulación en este país es que los acuerdos de gestación son revisados y autorizados por los tribunales nacionales antes de iniciar el procedimiento y, en caso de ser aprobados, son ejecutables.

En los acuerdos autorizados por los tribunales serán los padres intencionales los que asuman la paternidad legal después del nacimiento del niño. En el plazo de diez días a partir del nacimiento se debe realizar el registro

¹⁹ Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform, *op. cit.*, p. 31.

²⁰ Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018, disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/727963/Govt_response_to_JCHR_Web_Accessible.pdf.

²¹ Disponible en: https://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf.

²² Human Fertilisation and Embryology Act 2008 (Remedial) Order 2018, p. 33.

²³ Willows, Jennifer, “Single People in the UK Can Now Become Parents Via Surrogacy”, *BioNews*, núm. 981, 7 de enero de 2019, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_140662.

²⁴ Ley 3089/2002 de Asistencia Médica en la Reproducción Humana, disponible en: <http://images.policy.mofcom.gov.cn/flaw/200904/28fb9603-75e9-4691-a960-36b0d9a2c624.pdf>.

²⁵ Ley 3305/2005, Aplicación médica de la reproducción asistida.

como hijo de la madre y, en caso de que estuviera casada, del padre intencional —si él hubiera consentido el procedimiento—. La Ley 344/1976, que rige el registro nacional de nacimientos, no presenta requisitos especiales con relación al registro de los niños que han nacido por un acuerdo de gestación subrogada. La comitente deberá presentar una copia de la autorización judicial al registrador,²⁶ y no será necesario ningún otro proceso legal, como la adopción o una solicitud de orden parental.

Por otra parte, la Ley 3305/2015 prevé una excepción a la presunción de maternidad fundamentada en la gestación y el nacimiento.²⁷ La mujer a quien se le ha concedido una orden para realizar el acuerdo de gestación subrogada será la madre legal inmediatamente después del nacimiento. Su derecho a ser registrada como madre legal tiene como base su manifiesta intención de tener descendencia.

En Grecia pueden acceder a estos acuerdos mujeres solteras, casadas o en una relación de pareja, siempre y cuando estén impedidas médicamente para concebir, llevar a término el embarazo, o puedan transmitir una condición hereditaria grave a su descendencia.

Como se adelantó, la comitente debe solicitar la aprobación de los tribunales nacionales antes de que se inicie el procedimiento de reproducción asistida. Para que se conceda esta autorización, el médico deberá corroborar que existe alguna causal médica que impida a la comitente llevar a término el embarazo, la buena salud física de la gestante, así como los consentimientos firmados por los cónyuges, tanto de la madre intencional como de la gestante, si es que tuvieran. Este último requisito es necesario, ya que, conforme al artículo 1463 del Código Civil griego, la paternidad se determina basándose en la relación del hombre con la madre legal del niño.

En Grecia hubo un caso²⁸ en el que se autorizó un acuerdo de gestación por sustitución con posterioridad a la transferencia embrionaria en el útero de la gestante. Las razones para aprobarlo fueron que hubo causas excepcionales que obligaron a las partes involucradas en el acuerdo y al personal médico a actuar con rapidez y proceder sin autorización judicial.²⁹

Sólo está permitida la gestación subrogada gestacional, es decir, con gametos provenientes de la comitente o de una donante, para evitar que la gestante sustituta esté relacionada genéticamente con el niño por nacer. Con re-

²⁶ Artículo 20 de la Ley 3089/2002.

²⁷ Artículo 1463 del Código Civil griego.

²⁸ Tribunal de Primera Instancia de Tesalónica, Caso núm. 27035/2003.

²⁹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013, p. 151.

lación a los gametos masculinos, éstos podrán provenir del padre intencional o de un donante.

En julio de 2014, el parlamento griego aprobó una reforma para permitir a los residentes no permanentes recurrir en Grecia a los procesos de gestación subrogada y ser reconocidos como los padres legales.³⁰ En la normativa anterior (Ley 3089/2002), uno de los requisitos previos para otorgar el permiso judicial era que tanto la gestante como los padres intencionales tenían que ser ciudadanos griegos o residentes permanentes. Este cambio en la normativa griega deja abierta la posibilidad para que extranjeros recurran a acuerdos de gestación subrogada en ese país.³¹

3. Nueva Zelanda

En Nueva Zelanda, la práctica de las TRHA se encuentra regulada por la Human Assisted Reproductive Technology Act de 2004 (HART Act).³² La aprobación de los acuerdos de gestación por sustitución se realiza caso por caso y está a cargo de un Comité Consultivo.³³

La gestación subrogada de carácter oneroso está prohibida y sólo se admite el pago de gastos razonables y necesarios. La normativa en este país prevé penas que incluyen prisión de un año o una multa si se contraviene esta disposición.³⁴

La madre intencional debe cumplir con los criterios basados en la necesidad médica.³⁵ Por esa razón, hombres solteros o parejas de hombres actualmente están excluidos, toda vez que no podría acreditarse la necesidad médica prevista en estas directrices. Al respecto, en 2011, la Comisión de

³⁰ Amoiridis, Charalampos *et al.*, “Surrogacy Proceedings in Greece After the Implementation of Law 4272/2014”, *Greek Law Digest. The Official Guide to Greek Law*, 2016, disponible en: <http://www.greeklawdigest.gr/topics/aspects-of-greek-civil-law/item/217-surrogacy-proceedings-in-greece-after-the-implementation-of-law-4272-2014>.

³¹ Horsey, Kirsty y Neofytou, Katia, “The Fertility Treatment Time Forgot: What Should Be Done About Surrogacy in the UK?”, en Horsey, Kirsty (ed.), *Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology*, Nueva York, Routledge, 2015, p. 125.

³² Human Assisted Reproductive Technology Act 2004, disponible en: http://www.legislation.govt.nz/regulation/public/2005/0181/latest/DLM335192.html?search=ts_act%40bill%40regulation%40deemedreg_Human+Ass.

³³ *Guidelines on Surrogacy involving Assisted Reproductive Procedures*, Advisory Committee on Assisted Reproductive Technology (ACART), disponible en: <http://acart.health.govt.nz/publications-and-resources/guidelines-and-advice-issued-ecart/guidelines-surrogacy-arrangements>.

³⁴ Section 14. Status of surrogacy arrangements and prohibition of commercial surrogacy arrangements.

³⁵ *Guidelines...*, *cit.*, 2.b.i.

Derechos Humanos recibió una queja por ser un criterio discriminatorio para los hombres. En 2013, el Comité Consultivo en Tecnologías de Reproducción Asistida manifestó estar de acuerdo en que este criterio era discriminatorio *prima facie*; sin embargo, se acordó que se reanudaría la discusión en 2015. En el más reciente reporte publicado por el Comité Consultivo, que data de 2015, no se publicó resolución al respecto.

Entre los factores que la legislación de Nueva Zelanda considera relevantes pero no determinantes para aprobar un acuerdo, se encuentra la exigencia de que los padres intencionales sean nacionales y/o residentes de ese Estado.

Por último, un aspecto interesante de la regulación en este país es que en el acta de nacimiento se registra como madre del hijo a la mujer gestante. Los padres intencionales deben adoptar formalmente al niño, momento en el que se produce un segundo registro de nacimiento al recibir una orden de adopción judicial. Este registro queda vinculado al primero. La reglamentación del acuerdo de gestación por sustitución no se extiende a las normas relativas al estado civil del niño que sigue al acuerdo y, por lo tanto, la adopción nacional es el único mecanismo disponible para transferir la filiación legal de los progenitores.

4. Sudáfrica

A partir de abril de 2010, los acuerdos de gestación subrogada en Sudáfrica se encuentran regulados en la Children's Act. Anterior a esta normativa, este tipo de acuerdos no estaban claramente definidos y en la práctica se recurría a disposiciones contenidas en diversos ordenamientos para regular los procesos,³⁶ sin que se previeran suficientes garantías para las partes intervinientes en los acuerdos.³⁷ Debido a esta ambigüedad en la normativa y el avance en las tecnologías médicas, se propuso incorporar el capítulo 19 a la Children's Act. En Sudáfrica, tras la entrada en vigor de su ley en 2010, se reconoció la doble paternidad de una pareja del mismo sexo que había tenido un hijo a través de un contrato de gestación por sustitución.³⁸

³⁶ Las regulaciones eran Children's Status Act de 1987, Human Tissue Act de 1983 y Children's Care Act de 1983.

³⁷ Sobre algunos casos de conflicto que se suscitaron previamente a la promulgación de la ley que regula los acuerdos de gestación subrogada en Sudáfrica, véase Brunet, Laurence *et al.*, *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2012, pp. 343-345, disponible en: http://eprints.lse.ac.uk/51063/1/___libfile_REPOSITO_RY_Content_Davaki%2C%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf.

³⁸ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución...*, *cit.*, p. 63.

Este capítulo prevé lo relativo a la gestación subrogada y establece estrictas provisiones que deberán realizarse de manera previa a que inicie el proceso. En primer término, estos acuerdos se deben formular por escrito y todas las partes involucradas deben firmarlo; al menos uno de los padres de intención o, si fuera el caso, la persona soltera debe estar domiciliado en el territorio sudafricano; la gestante y su marido o pareja, si lo hay, también deben estar domiciliados en la república, y el acuerdo deberá ser aprobado por la Corte Suprema.³⁹

Sobre el requisito de que los acuerdos sean autorizados por la autoridad de manera previa a que se realice el procedimiento, en 2013 la Corte Suprema de la provincia del norte de Gauteng autorizó un acuerdo de gestación subrogada que se realizó cuando la gestante ya estaba embarazada. La decisión de la Corte se basó en privilegiar el interés superior del niño por nacer.⁴⁰

Si los padres de intención estuvieran casados o en una relación, será necesario contar con el consentimiento por escrito del esposo, esposa o pareja. Lo mismo ocurre en el caso de que la gestante estuviera casada o en una relación permanente, es decir, será necesario contar con el consentimiento de éste. La ley prevé que el tribunal puede confirmar el acuerdo cuando el esposo o compañero de la mujer gestante se niegue de manera irracional a otorgar su consentimiento.⁴¹

Para poder determinar la filiación de los hijos, la ley obliga que los dos padres intencionales aporten sus gametos. Si esto no fuera posible, al menos uno de ellos debe hacerlo. Si el acuerdo de gestación subrogada no es aprobado por el tribunal, será considerado nulo, en cuyo caso la gestante será reconocida como madre legal y, si estuviera casada, su marido como padre legal.

Sobre la disposición que obliga a usar forzosamente gametos de la pareja comitente, ésta fue impugnada ante la Corte Suprema de Sudáfrica.⁴² En el caso, una mujer, por una específica condición médica, no podía llevar a término el embarazo y tampoco utilizar sus gametos —requisito indispensable para poder celebrar el acuerdo—. Además, debido a que no tenía una relación con una persona que pudiera hacer tal contribución y, por lo tanto, cumplir con el requisito de enlace genético, tampoco pudo donar los gametos de un hombre. La solicitante cuestionó la validez constitucional de

³⁹ Children Act, Chapter 19, 292. Surrogate motherhood agreement must be in writing and confirmed by High Court.

⁴⁰ *MS & Others, High Court of South Africa*, Case No. 48856/2010.

⁴¹ Section 293 (1). Consent of husband, wife or partner.

⁴² *AB and Surrogacy Advisory Group v. Minister of Social Development*, High Court of South Africa, Case No. 4065/13.

la disposición sobre la base de que el requisito de enlace genético viola sus derechos a la igualdad, a la dignidad, a la salud reproductiva, a la autonomía y a la privacidad, y que no hay justificación para la limitación de estos derechos sobre la base de imponer dicha preferencia a todos en el contexto de la gestación subrogada, especialmente cuando tal limitación no existe en el contexto de la fertilización *in vitro*.⁴³

Con relación al estatus legal del niño nacido resultado de un acuerdo de gestación subrogada, siempre y cuando el acuerdo sea legal y autorizado por la autoridad, el niño será, para todos los efectos, hijo de los padres, la madre o el padre —en caso de personas solteras— intencionales desde su nacimiento.⁴⁴ La gestante no tendrá ningún derecho u obligación de cuidado con el nacido;⁴⁵ asimismo, la persona que nace tampoco podrá reclamar ningún tipo de manutención a la gestante, esposo o cualquier familiar de ella.

Para que la autoridad pueda confirmar un acuerdo de gestación subrogada, debe verificar que la madre intencional está impedida para concebir y que esta condición es permanente e irreversible. Para que una mujer pueda participar como gestante, la autoridad deberá acreditar que es legalmente competente para entrar en un proceso de gestación subrogada; que entiende y acepta las consecuencias jurídicas del acuerdo, y que tiene al menos un hijo propio. La gestante deberá entregar al niño nacido a los padres intencionales después del parto.⁴⁶

La ley prohíbe los acuerdos de gestación subrogada onerosos, y únicamente autoriza que se cubran los gastos que se generen como resultado del procedimiento de reproducción asistida de la gestante y los que se realicen para atender el embarazo, el parto y los gastos judiciales, además de una compensación por la pérdida de ingresos debido al tratamiento de gestación subrogada y el pago por un seguro de vida o discapacidad para la gestante en caso de complicaciones durante el embarazo y/o el parto.⁴⁷

Respecto a las causas por las que se puede dar por terminado un acuerdo de gestación subrogada, la ley establece que la gestante que llevó el embarazo y aportó su material genético podrá, en cualquier momento, 60 días después del nacimiento del niño, notificar por escrito su decisión al tribunal.

⁴³ Metz, Thaddeus, “Questioning South Africa’s «Genetic Link» Requirement for Surrogacy”, *South African Journal of Bioethics and Law*, Ciudad del Cabo, vol. 7, núm. 1, 2014, disponible en: <https://www.ajol.info/index.php/sajbl/article/view/103412>.

⁴⁴ Children’s Act, section 297 (1) (a).

⁴⁵ *Ibidem*, section 297 (1) (c).

⁴⁶ *Ibidem*, section 295 (c).

⁴⁷ *Ibidem*, section 301.

Lo anterior implica que en Sudáfrica son legales los acuerdos de gestación subrogada tradicionales —con gametos provenientes de la gestante— y la gestacional.⁴⁸

5. Portugal

En agosto de 2017 entró en vigor la Ley núm. 25/2016,⁴⁹ que regula el acceso a la gestación subrogada en Portugal; sin embargo, en abril de 2018, el Tribunal Constitucional de ese Estado anuló varios puntos de esa ley.

La ley de origen establecía que sólo se podrían celebrar acuerdos cuya naturaleza fuera gratuita y únicamente se autorizaba pagar por los gastos de la atención médica recibida y por la transportación. No se autorizaba la celebración de acuerdos cuando existía una relación de subordinación económica, principalmente de naturaleza laboral, entre las partes involucradas. La ley establecía sanciones privativas de libertad y multas para los padres intencionales que realizaran acuerdos a título oneroso y, a su vez, multas para las gestantes. También se fijaban sanciones para quienes obtuvieran beneficio económico de la celebración de acuerdos de gestación subrogada o de su promoción.

Se podía recurrir a la gestación subrogada en los casos de ausencia de útero, de lesión o de enfermedad de este órgano que impidiera de forma absoluta y definitiva el embarazo; se utilizarían gametos de, por lo menos, uno de los padres de intención, y la gestante no podía aportar sus gametos. Por otra parte, era necesaria la previa autorización del Consejo Nacional de Procreación Clínicamente Asistida. El niño que naciera de este proceso sería considerado hijo de los padres intencionales.

En el contrato celebrado entre las partes se debía hacer constar las disposiciones a considerar en caso de que ocurriera alguna malformación o enfermedad fetales y en caso de una eventual interrupción voluntaria del embarazo. Este contrato no podía contener disposiciones que impusieran restricciones de comportamientos a la gestante ni normas que atentaran contra sus derechos, libertad y dignidad; en caso contrario, el contrato sería nulo.

Como se adelantó, en abril de 2018, el Tribunal Constitucional de Portugal anuló varias disposiciones de la ley aprobada en 2017, por considerar que la normativa contenía disposiciones ambiguas respecto a los límites a la autonomía de las partes y a las restricciones admisibles de los compor-

⁴⁸ Brunet, Laurence *et al.*, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁹ Ley núm. 25/2016, del 22 de agosto, traducción en: <https://gestacionsustituta.es/leygestacionsubrogadaenportugal/>.

tamientos de la gestante. Asimismo, el Tribunal Constitucional consideró que la limitación de la posibilidad de revocación del consentimiento prestado por la gestante impide el ejercicio pleno de su derecho fundamental al desarrollo de la personalidad. A pesar de que la Ley núm. 25/2016 sigue vigente, la resolución del Tribunal impide su aplicación en la práctica, por lo que tendrá que volver al parlamento para que se modifiquen los aspectos que fueron vetados por el Tribunal.⁵⁰

6. Uruguay

En noviembre de 2013, Uruguay promulgó la Ley núm. 19.167, en la que se regulan las TRHA y algunos aspectos de la gestación subrogada.⁵¹ La ley prevé la nulidad de los contratos celebrados a título oneroso o gratuito, excepto para los casos en los que la mujer que desea recurrir a este acuerdo no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas.

Además de que la madre de intención debe tener un impedimento médico para gestar un embrión propio (esta situación deberá ser diagnosticada por el equipo médico tratante), el proceso debe ser gratuito; la gestante debe tener un vínculo familiar directo con la comitente o su pareja, y el acuerdo debe ser autorizado previamente por la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida, que depende del Ministerio de Salud Pública.⁵²

La filiación del nacido corresponderá a los padres intencionales;⁵³ por su parte, la filiación materna “estará determinada por el parto o la cesárea de la madre biológica o en su caso por la mujer cuya gestación ha sido subrogada”.⁵⁴

⁵⁰ “El Tribunal Constitucional de Portugal anula varios puntos de la Ley de Gestación Subrogada”, *Europa Press*, 25 de abril de 2018, disponible en: <https://www.europapress.es/sociedad/noticia-tribunal-constitucional-portugal-anula-varios-puntos-ley-gestacion-subrogada-20180425182014.html>; Instituto de Derecho Iberoamericano, “Noticias de Portugal: el Tribunal Constitucional declara inconstitucionales diversos aspectos de la regulación lusa sobre maternidad subrogada”, 11 de mayo de 2018, disponible en: <http://idibe.org/noticias-legales/noticias-portugal-tribunal-constitucional-declara-inconstitucionales-diversos-aspectos-la-regulacion-lusa-maternidad-subrogada/>.

⁵¹ Ley núm. 19.167, Técnicas de reproducción humana asistida, artículos 25-28, disponible en: https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/leyes?Ly_Nro=&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmin%5D%5Bdate%5D=07-01-2013&Ly_fechaDePromulgacion%5Bmax%5D%5Bdate%5D=07-01-2019&Lemas=reproduccion+asistida&tipoBusqueda=T&Searchtext=.

⁵² Ordenanza núm. 462/2014, “Creación de la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida”, disponible en: <https://www.gub.uy/ministerio-salud-publica/institucional/normativa/ordenanza-4622014-creacion-de-comision-honoraria-de-reproduccion>.

⁵³ Ley núm. 19.167, Técnicas de reproducción humana asistida, artículo 27.

⁵⁴ *Ibidem*, artículo 28.

III. ESTADOS DONDE, DESDE QUE SE LEGISLÓ LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, ÉSTA CUENTA CON MARCOS JURÍDICOS DIFERENTES EN CADA ENTIDAD FEDERATIVA Y SÓLO SE LE PERMITE SI ES ALTRUISTA

1. *Australia*

En Australia, la gestación por sustitución de carácter altruista está permitida y se prohíbe la onerosa. Australia es una federación y el acceso a TRHA y la gestación por sustitución está regulado por cada estado y territorio; sin perjuicio de ello, la federación puede incidir a través de la Family Law Act de 1975.⁵⁵ Las Family Law Regulations de 1984⁵⁶ sirven de vínculo entre las regulaciones estatales y la federal. En caso de conflicto entre la ley de un estado o territorio y la legislación federal, prevalece esta última.⁵⁷

La primera ley que se sancionó fue la del Territorio de la Capital Australiana en 2004.⁵⁸ Ésta indica que el tribunal está facultado para conferir una orden parental si se atienden los siguientes requisitos: que el niño tenga entre seis semanas y seis meses de nacido; que los padres intencionales vivan dentro de la jurisdicción; que el niño viva con los padres intencionales dentro de la jurisdicción; que los padres de intención tengan, por lo menos, 18 años; que al menos uno de los comitentes aporte su material genético; que no se haya realizado ningún pago a la gestante, y que la gestante no haya aportado su material genético.⁵⁹

La gestación por sustitución está regulada en el Territorio de la Capital Australiana y en cinco estados: Queensland,⁶⁰ New South Wales,⁶¹ South

⁵⁵ Family Law Act 1975, reformada en 2008, disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/C2017C00385>.

⁵⁶ Family Law Regulations 1984, disponible en: <https://www.legislation.gov.au/Details/F2017C00645>.

⁵⁷ Fernández Rozas, José Carlos, “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, p. 261, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

⁵⁸ Parentage Act 2004, disponible en: <http://www.legislation.act.gov.au/a/2004-1/current/pdf/2004-1.pdf>.

⁵⁹ *Ibidem*, division 2.5. Parentage orders. Véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución...*, cit., p. 143.

⁶⁰ Surrogacy Act 2010, disponible en: <https://www.legislation.qld.gov.au/view/pdf/2016-03-22/act-2010-002>.

⁶¹ Assisted Reproductive Technology Act 2009, núm. 69, disponible en: <https://www.legislation.nsw.gov.au/#/view/act/2007/69/full>.

Australia,⁶² Victoria⁶³ y Western Australia.⁶⁴ No está regulada en el Territorio del Norte.

En todos los estados y territorios, la filiación legal del niño se establece, en principio, con respecto a la mujer que da a luz y su esposo, si tuviera, y es necesario que los padres intencionales soliciten una orden parental a un tribunal para que los reconozca a ambos como los padres legales. Cada estado fija los criterios específicos para la expedición de esta orden parental; generalmente, los estados establecen un rango de edad para poder ser gestante, además de que es necesario que todas las partes reciban asesoramiento previo a la celebración del acuerdo. También es común que las normativas de los estados exijan que la comitente, por razones médicas, esté imposibilitada para llevar a término el embarazo.⁶⁵

En Australia es relativamente frecuente que las personas viajen a otros países que permiten los acuerdos onerosos y, una vez que nacen el o los niños, regresen a Australia. Estos casos presentan dificultades, ya que los estados australianos sólo permiten acuerdos altruistas. En consecuencia, es posible que el menor no pueda lograr el reconocimiento en Australia de un certificado de nacimiento emitido en una jurisdicción extranjera, o de una declaración de filiación hecha por un tribunal extranjero, porque éstos no serían vinculantes para las autoridades australianas. En algunos casos, los padres intencionales han solicitado a los tribunales familiares el permiso para adoptar.⁶⁶ En los últimos años, los tribunales familiares han tenido que resolver sobre acuerdos que no cumplen los requisitos previstos en las leyes estatales o territoriales.⁶⁷

2. Canadá

En Canadá, excepto en Quebec, está permitida la gestación subrogada y pueden recurrir a ésta todos los modelos de familia, sin importar preferen-

⁶² Statutes Amendment (Surrogacy) Act 2010, disponible en: [https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/V/A/2010/STATUTES%20AMENDMENT%20\(SURROGACY\)%20AMENDMENT%20ACT%202010_8/2010.8.UN.PDF](https://www.legislation.sa.gov.au/LZ/V/A/2010/STATUTES%20AMENDMENT%20(SURROGACY)%20AMENDMENT%20ACT%202010_8/2010.8.UN.PDF)

⁶³ Assisted Reproductive Treatment Act 2008, núm. 76, 2008, disponible en: http://class.austlii.edu.au/au/legis/vic/num_act/arta200876o2008406/.

⁶⁴ Surrogacy Act 2008, disponible en: https://www.legislation.wa.gov.au/legislation/statutes.nsf/main_mrtitle_8872_homepage.html.

⁶⁵ Family Law Council, *Report on Parentage and the Family Law Act*, Australia, 2013, p. 65, disponible en: <https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/family-law-council-report-on-parentage-and-the-family-law-act-december2013.pdf>.

⁶⁶ *Ibidem*, pp. 62, 63 y 67.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 69-75.

cia sexual o estado civil; también está permitida tanto para ciudadanos canadienses como para extranjeros. A pesar de que actualmente los acuerdos de gestación por sustitución son considerados nulos en Quebec, la Corte de Apelaciones de esa provincia resolvió en 2014 sobre la validez del consentimiento de una gestante para que la comitente adoptara al niño que gestó y los padres intencionales reembolsaron a la gestante únicamente los gastos en que incurrió por llevar a término el embarazo. La Corte reconoció la validez del consentimiento, por considerar que de esa manera se protegía el mejor interés del niño.⁶⁸

En 2004, el gobierno canadiense aprobó la Assisted Human Reproduction Act,⁶⁹ en la que se prohíbe la gestación por sustitución onerosa. Además, la ley prohíbe expresamente pagar u ofrecer cualquier pago tanto a la gestante como a los intermediarios, y asesorar o persuadir a una mujer para ser gestante.⁷⁰

Los únicos gastos que se podrán cubrir a la gestante son los que estén directamente relacionados con el embarazo, por ejemplo, ropa de maternidad, viajes para citas médicas y medicamentos. También se le podrán pagar los salarios que deje de percibir si un médico certifica, por escrito, que el reposo es necesario para su salud y/o la del embrión o del feto. La normativa prevé que la violación a lo dispuesto se sanciona con pena pecuniaria, pena privativa de la libertad o ambas.⁷¹ En 2013, una empresa y su propietario fueron denunciados ante un tribunal en Ontario, ya que participaron en la celebración de acuerdos mediando pago para la gestante y, a su vez, por la compra de óvulos de una donante.⁷²

Por otra parte, lo relativo a la filiación es competencia de las provincias, de modo que la provincia en la que nace el niño regula el proceso.⁷³ En 2012, el Departamento de Ciudadanía e Inmigración publicó el Boletín Operativo 381, en el que se establece que los niños nacidos en el extranjero a través de

⁶⁸ HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, Prel. Doc. No. 3A, febrero de 2015, p. 9, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>; *Adoption-1445*, 2014 QCCA 1162 (Can LII), disponible en: <https://www.canlii.org/en/qc/qcca/doc/2014/2014qcca1162/2014qcca1162.html>.

⁶⁹ Assisted Human Reproduction Act, disponible en: <https://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/a-13.4/brgtherap/legislation/reprod/surrogacy-substitution-eng.php>.

⁷⁰ *Ibidem*, sections 6.1, 6.2, 6.3 y 6.4.

⁷¹ *Ibidem*, sections 60, 61 y 62.

⁷² HCCH, *Questionnaire on the Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements, Name of State (or territorial unit, where applicable): Canada*, Prel. Doc. No. 3, 2013, p. 15, disponible en: https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2014pd3ca_en.pdf.

⁷³ *Ibidem*, p. 5.

un acuerdo de gestación subrogada y/o TRHA adquieren de manera automática la ciudadanía canadiense, pero es necesario que exista un vínculo genético entre el ciudadano canadiense y el niño.⁷⁴

3. *Estados Unidos de América (algunos estados)*

Algunos de los estados estadounidenses que explícitamente prohíben la celebración de acuerdos de gestación por sustitución onerosos, pero los permiten si son altruistas, son Florida, New Hampshire y Virginia.⁷⁵

A. *Florida*

La ley en Florida establece que, para que el contrato de gestación por sustitución sea obligatorio entre las partes, la gestante deberá tener al menos 18 años de edad y la pareja comitente deberá estar legalmente casada y tener 18 años de edad o más. Se podrá celebrar el contrato sólo cuando la comitente esté imposibilitada físicamente para llevar a término el embarazo o la gestación pueda afectar su salud o la del feto.⁷⁶ Después del nacimiento, los padres intencionales deberán solicitar ante la corte que se les reconozca como los padres legales.⁷⁷

Los contratos deben incluir las siguientes disposiciones: la gestante será la única que pueda dar consentimiento para cualquier intervención clínica sobre el manejo del embarazo; la gestante acepta someterse a una evaluación y tratamiento médico; la gestante acepta renunciar a cualquier derecho parental al nacimiento del niño; los padres intencionales se comprometen a aceptar la custodia y asumir los derechos y las obligaciones con relación al niño al momento del nacimiento; la gestante acepta asumir los derechos y las responsabilidades del nacido si se determina que ninguno de los padres de intención es progenitor genético.

⁷⁴ “Assessing Who is a Parent for Citizenship Purposes Where Assisted Human Reproduction (AHR) and/or Surrogacy Arrangements are Involved”, *Operational Bulletin*, núm. 381, 8 de marzo de 2012, disponible en: <https://www.canada.ca/en/immigration-refugees-citizenship/corporate/publications-manuals/operational-bulletins-manuals/bulletins-2012/381-march-8-2012.html>.

⁷⁵ Spivack, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 58, diciembre de 2010, p. 101.

⁷⁶ Florida Statue, chapter 742.15. Gestational surrogacy contract, disponible en: http://www.leg.state.fl.us/Statutes/index.cfm?App_mode=Display_Statute&Search_String=&URL=0700-0799/0742/Sections/0742.15.html.

⁷⁷ *Ibidem*, chapter 742.16.

Por último, los padres intencionales solamente podrán pagar a la gestante los gastos razonables que estén directamente relacionados con la atención del embarazo, el parto y el posparto.⁷⁸

B. *New Hampshire*

Los estatutos en New Hampshire⁷⁹ establecen que un tribunal deberá conceder una autorización previa para poder celebrar un acuerdo de gestación subrogada; además, los padres intencionales deberán haber residido en New Hampshire durante al menos seis meses antes de la fecha en que se presentó la solicitud de autorización previa.⁸⁰

Para que un acuerdo sea legal, se deberán acreditar ciertos requisitos, a saber: que el acuerdo esté aprobado por un tribunal; que el médico verifique que se hayan realizado las evaluaciones médicas necesarias, y que las partes hayan expresado por escrito su consentimiento.⁸¹ Los estatutos también prevén que todas las partes deberán tener 21 años de edad o más; que la comitente sea incapaz, médicamente, de gestar un embarazo o exista riesgo para su salud o la del niño por nacer; que la gestante haya tenido previamente, al menos, un embarazo viable, y que, por lo menos, uno de los padres intencionales aporte su material genético; sin embargo, es viable que la gestación se realice con gametos de la gestante.⁸²

Relativo al pago para la gestante, la normativa establece que sólo podrá recibir el pago por los gastos médicos relacionados con la atención del embarazo, el parto y el posparto; los salarios que haya dejado de percibir durante el embarazo, el parto y el posparto; el seguro por gastos médicos, discapacidad y vida durante el embarazo y hasta seis semanas después del parto, y los honorarios razonables por gastos de abogados.⁸³

Con relación al registro del nacimiento, éste podrá hacerse por los padres intencionales hasta pasando 72 horas después del nacimiento; esto se permite porque la gestante, en ese lapso, puede manifestar su deseo de conservar al recién nacido.⁸⁴

⁷⁸ *Ibidem*, chapter 742.14 (4).

⁷⁹ New Hampshire Revised Statutes 2013, disponible en: <https://law.justia.com/codes/new-hampshire/2013/title-xii/chapter-168-b/section-168-b-25/>.

⁸⁰ *Ibidem*, section 168-B:20. Jurisdiction.

⁸¹ *Ibidem*, section 168-B:16. Regulatory procedures.

⁸² *Ibidem*, section 168-B:17. Eligibility.

⁸³ *Ibidem*, section 168-B:25. Mandatory terms of surrogacy contract.

⁸⁴ *Idem*.

C. *Virginia*

En Virginia es necesario que las partes —padres intencionales y gestante— soliciten la aprobación del contrato al tribunal de la ciudad en la que resida al menos una de las partes. Aprobado el contrato, el tribunal designará un tutor para salvaguardar los intereses del menor por nacer y asignará un abogado que represente los intereses de la gestante.⁸⁵

El acuerdo deberá garantizar el pago para la gestante por los gastos médicos razonables, y cualquier convenio entre las partes para el pago de otra compensación económica será nulo e inaplicable.⁸⁶

Los requisitos para poder celebrar este tipo de acuerdos son los siguientes: la gestante deberá tener al menos un hijo y el embarazo no debe suponer un riesgo irrazonable para su salud física o mental; tanto los padres intencionales como la gestante deberán someterse a exámenes físicos y evaluaciones psicológicas; la madre intencional deberá ser incapaz de tener un hijo o que hacerlo implique un riesgo para su salud o del niño por nacer; al menos uno de los padres intencionales deberá aportar su material genético.⁸⁷

El registro del nacimiento se debe realizar dentro de los siete días posteriores al nacimiento; además, los padres intencionales notificarán al tribunal que aprobó el acuerdo para que éste verifique que existe vínculo genético con al menos uno de los padres de intención y, en su caso, el registro estatal emitirá el certificado de nacimiento. Cuando no pueda acreditarse este vínculo genético, en el certificado de nacimiento se registrará como madre legal a la gestante y a su esposo, si estuviera casada, y los padres intencionales tendrán que recurrir a un proceso de adopción.

IV. ESTADOS QUE YA NO PERMITEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN ONEROSA Y SÓLO ADMITEN LA ALTRUISTA

En este apartado se hará referencia a algunos países del sureste asiático que, de manera relativamente reciente, y a consecuencia de varios casos de conflicto, decidieron modificar su marco regulatorio y establecer diversas restricciones para la celebración de acuerdos de gestación subrogada.

⁸⁵ Code of Virginia, title 20. Domestic relations, chapter 9. Status or children of assisted conception, § 20-160. Petition and hearing for court approval of surrogacy contract; requirements; orders, disponible en: <https://law.lis.virginia.gov/vacode/20-160/>.

⁸⁶ *Ibidem*, apartados B.4 y B.5.

⁸⁷ *Ibidem*, apartados B.6, B.8 y B.9.

1. India

Durante años, India fue un destino mundial para aquellas personas que deseaban recurrir a un acuerdo de gestación subrogada, principalmente por dos cuestiones: 1) el vacío legal, y 2) la ley de reproducción humana asistida de 2010 confería validez a estos acuerdos.⁸⁸ Entre 2008 y 2016 nacieron en la India alrededor de 40,000 niños mediando un acuerdo de gestación subrogada.⁸⁹ Uno de los casos que fue noticia a nivel mundial fue *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr.*⁹⁰ En este caso, un matrimonio japonés recurrió a la gestación subrogada en la India, pero antes del nacimiento se divorciaron y la madre intencional no quiso continuar con el acuerdo. El padre intencional enfrentó durante meses problemas para obtener el documento de identidad para el menor y documentos para poder salir de la India.⁹¹

En 2012, el Ministerio de Asuntos Exteriores publicó una orden para exigir visado médico⁹² a las personas que buscaran celebrar en ese país acuerdos de gestación subrogada, o bien para la salida al exterior de los niños nacidos a raíz de estos acuerdos en ese territorio. A esa orden se le debía acompañar con el certificado de que la práctica era legal en el Estado de residencia de los padres intencionales, y de que los niños serían convenientemente registrados en el país de destino. Estas medidas fueron implementadas en la India con la intención de reducir el denominado “turismo reproductivo” o salud reproductiva transfronteriza.

El 3 de noviembre de 2015, el Ministerio de Salud y Bienestar Familiar dictó la Circular 462, en la que se hizo eco de la decisión del gobierno de prohibir la gestación subrogada onerosa.⁹³ En dicha circular se regulan cues-

⁸⁸ Law Commission of India, “Need for Legislation to Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics as well as Rights and Obligations of Parties to a Surrogacy”, Report No. 228, agosto de 2009, disponible en: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf>; Centre for Social Research, *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial*, Vasant Kunj, 2012, p. 5, disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>.

⁸⁹ Binoy, T. A., “An Evaluation of Surrogacy Tourism in India – A Study on Ethical and Legal Perspective”, *International Journal of Current Research*, vol. 10, núm. 2, febrero de 2018, p. 65161, disponible en: <http://www.journalcra.com>.

⁹⁰ Supreme Court of India, *Baby Manji Yamada vs. Union of India & Anr*, 29 de septiembre de 2008, disponible en: <https://indiankanoon.org/doc/854968/>.

⁹¹ Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución...*, cit., p. 200.

⁹² “Type of Visa for Foreign Nationals Intending to Visit India for Commissioning Surrogacy and Conditions for Grant Visa for the Purpose”, disponible en: <https://boi.gov.in/sites/default/files/u4/surrogacy.pdf>.

⁹³ Circular 462, “Foreign Nationals (Including Overseas Citizen of India [OCI] Carholders) Intending to Visit India for Commissioning Surrogacy”, Ministry of Home Affairs, 2015, disponible en: <http://mea.gov.in/images/attach/surrogacy03112016.pdf>.

ciones relativas a la entrada en la India con estos propósitos, estableciéndose la prohibición de conceder el visado para cerrar acuerdos de gestación por sustitución y la prohibición del traslado o la entrada de embriones congelados para este fin.

A partir de la entrada en vigor de la Surrogacy Regulation Act 2016,⁹⁴ se prohíbe la gestación subrogada de carácter oneroso, pero se permite la altruista, y solamente podrá acordarse el pago de los gastos médicos y la cobertura de seguro médico durante el embarazo, además de que no podrán celebrar acuerdos las personas extranjeras. Se permite la celebración de este tipo de acuerdos cuando las parejas sufren de infertilidad probada. Los padres intencionales deberán contar con un certificado emitido por la autoridad competente; tener, al menos, cinco años de casados y ser ciudadanos indios; no tener ningún hijo biológico, por adopción o por un acuerdo de gestación subrogada previo.

Con relación a la gestante, para obtener un certificado de elegibilidad, la mujer que geste deberá ser pariente cercano de la pareja de intención; estar casada y tener, al menos, un hijo propio; tener entre 25 y 35 años; sólo podrá ser gestante una vez en su vida, y poseer un certificado de aptitud médica y psicológica.⁹⁵

2. Tailandia

Antes de la ley aprobada en 2015, la práctica de la gestación subrogada se realizaba de manera desregulada, sin controles y sin garantías suficientes para todas las partes involucradas. En ausencia de una regulación específica, las clínicas operaban con base en directrices aprobadas por el Consejo Médico de Tailandia; sin embargo, sólo eran vinculantes para los médicos, quienes, en caso de infringir lo dispuesto en éstas, podían perder su licencia para ejercer la profesión.⁹⁶ En Tailandia hubo un aumento considerable de casos de gestación subrogada, principalmente por personas extranjeras, tras las restricciones llevadas a cabo en la India en 2012.⁹⁷

⁹⁴ The Surrogacy (Regulation) Bill, 2016, disponible en: [http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20\(Regulation\)%20Bill,%202016.pdf](http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/Surrogacy%20(Regulation)%20Bill,%202016.pdf).

⁹⁵ “International Comparison of Surrogacy Laws”, disponible en: <http://www.prsindia.org/uploads/media/Surrogacy/International%20comparison%20of%20surrogacy%20laws.pdf>.

⁹⁶ Cohen, Erik, “Surrogacy as International Business and National Disgrace of Thailand”, *Asian Anthropology*, vol. 14, núm. 2, 2015, p. 120, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1683478X.2015.1046034>.

⁹⁷ Whittaker, Andrea, “From «Mung Ming» to «Baby Gammy»: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, 2016, p. 75.

Debido a este aumento, una serie de casos fueron noticia a nivel internacional, entre los que se encuentra el caso *Baby Gammy*,⁹⁸ en el cual una pareja de origen australiano celebró un acuerdo de gestación subrogada con una mujer tailandesa. Durante el embarazo se detectó que uno de los bebés tendría síndrome de Down, por lo que la pareja pidió a la gestante que interrumpiera el embarazo, pero la mujer se negó. Tras el nacimiento de los bebés, la pareja intencional se llevó a la niña, pero dejó al niño que nació con síndrome de Down.

Otro caso que fue publicitado en la prensa internacional fue el del japonés Mitsutoki Shigeta,⁹⁹ quien asumió la paternidad legal de quince niños nacidos mediante acuerdos de gestación subrogada, los cuales fueron celebrados en Tailandia. Después de estos casos se aprobó la Ley 167/2553, en la que se establecen límites para la práctica de la gestación subrogada en Tailandia.¹⁰⁰

La ley dispone que sólo pueden recurrir a la gestación subrogada las parejas tailandesas sin hijos; al menos uno de los padres de intención deberá ser ciudadano tailandés, y tendrán que estar legalmente casados. En caso de que el matrimonio no tenga nacionalidad tailandesa, el registro en Tailandia de su matrimonio no podrá ser menor a tres años. La ley establece que al menos uno de los padres intencionales deberá aportar sus gametos, a fin de garantizar el vínculo genético con el hijo o la hija que nazca.¹⁰¹

Por su parte, la gestante deberá ser pariente consanguínea de alguno de los padres intencionales. Asimismo, quedan prohibidos los acuerdos de gestación subrogada de carácter oneroso.¹⁰² El ministro de Salud Pública deberá establecer las reglas y condiciones para fijar los gastos que se tendrán que cubrir a la gestante para asegurar su salud durante el embarazo y después del nacimiento.¹⁰³

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 71-78.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 76.

¹⁰⁰ Se puede consultar la traducción no oficial de la Ley, titulada “Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act”, disponible en: <http://law.m-society.go.th/law2016/law/view/709>.

¹⁰¹ Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act, section 22. También puede consultarse Stasi, Alessandro, “Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand”, *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, Tailandia, vol. 11, 2017, p. 5, disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1179558117749603>.

¹⁰² Protection of Children Born from Assisted Reproductive Technologies Act, section 24.

¹⁰³ *Ibidem*, section 25.

3. *Nepal*

Con respecto a Nepal, el cambio en su legislación se dio poco después de la prohibición establecida en Tailandia.¹⁰⁴ Los acuerdos de gestación subrogada fueron suspendidos por la Corte Suprema de Nepal el 25 de agosto de 2015. El veredicto de la Corte se anunció el 12 de diciembre de 2016 y sostiene que la gestación subrogada es legal para las parejas infértiles nepalesas, pero es ilegal para hombres y mujeres solteros, parejas del mismo sexo y extranjeros.¹⁰⁵ La Corte ordenó al Estado promulgar una ley para regular los procesos de gestación subrogada y para que se prohíban los acuerdos de carácter onerosos.¹⁰⁶ Al cierre de este capítulo no se ha promulgado ninguna ley al respecto.

4. *Camboya*

Después de que Tailandia promulgara su ley y estableciera fuertes restricciones para celebrar acuerdos de gestación subrogada, la práctica de éstos se trasladó a Camboya, que carecía de leyes relativas a la medicina reproductiva y, en particular, sobre la gestación subrogada.¹⁰⁷

Con la intención de frenar la celebración de acuerdos de gestación por sustitución, en noviembre de 2016 se publicó una directiva administrativa para prohibir la práctica de la gestación subrogada de carácter onerosa.¹⁰⁸ Con base en esta directiva administrativa, en 2017 se realizó la detención de una enfermera australiana que fue acusada y declarada culpable de intervenir en la celebración de un acuerdo de gestación subrogada, pese a que ya se había emitido la directiva administrativa. En junio de 2018, al menos treinta mujeres gestantes permanecieron en prisión hasta diciembre de 2018, cuan-

¹⁰⁴ Ilic, Ana, “Nepalese Court Suspends Commercial Surrogacy”, *BioNews*, 1o. de septiembre de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95169.

¹⁰⁵ “Surrogacy Services are Banned in Nepal”, mayo de 2018, disponible en: <https://np.usembassy.gov/u-s-citizen-services/child-family-matters/surrogacy-in-nepal/>.

¹⁰⁶ “No Law on Altruistic Surrogacy Despite Supreme Court Directive”, *The Himalayan Times*, octubre de 2018, disponible en: <https://thehimalayantimes.com/nepal/no-law-on-altruistic-surrogacy-despite-supreme-court-directive/>.

¹⁰⁷ Kodama, Masayuki, “Risks Present in the Cambodian Surrogacy Business”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, Arizona, vol. 27, marzo de 2017, p. 40, disponible en: <http://www.eubios.info/EJAIB32017.pdf>.

¹⁰⁸ Taylor, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95766.

do fueron liberadas bajo la condición de que declararan que criarían a los bebés producto de estos acuerdos.¹⁰⁹

A principios de 2017, el gobierno de Camboya elaboró un proyecto de ley para regular la gestación subrogada y prohibir los acuerdos onerosos, pero admitir los acuerdos altruistas. Sin embargo, en mayo de 2018 se anunció que la aprobación de la iniciativa se había pospuesto para ser estudiada con mayor profundidad.¹¹⁰ Al cierre de la elaboración de este capítulo no existe noticia de su aprobación o rechazo por parte del Estado.

V. CONCLUSIÓN

Hoy en día, la celebración de acuerdos de gestación subrogada es un recurso al que cada vez apelan más parejas o personas en solitario que desean tener descendencia y que por diversas razones están imposibilitadas.

Uno de los elementos que mayor conflicto y polarización genera en la discusión es el relativo a si los acuerdos de gestación subrogada deben celebrarse de manera altruista o, en su caso, mediando una compensación económica para la gestante.

Si bien los Estados que prevén expresamente la prohibición de acuerdos de tipo oneroso pretenden con ello garantizar los derechos de las mujeres gestantes, establecer como requisito que se lleven a cabo de manera altruista podría favorecer la práctica de acuerdos clandestinos y promesas de pago que, en caso de incumplimiento, la gestante no podría reclamar legalmente.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ALGHRANI, Amel y GRIFFITHS, Dannielle, “The Regulation of Surrogacy in the United Kingdom: The Case for Reform”, *Child and Family Law Quarterly*, vol. 29, núm. 2, 2017, disponible en: <http://sro.sussex.ac.uk/68402/1/Alghrani%20and%20Griffiths%20final%20%281%29.pdf>.

AMOIRIDIS, Charalampos *et al.*, “Surrogacy Proceedings in Greece After the Implementation of Law 4272/2014”, *Greek Law Digest. The Official Guide to Greek Law*, 2016, disponible en: <http://www.greeklawdigest.gr/topics/aspects-of>

¹⁰⁹ Sobre el tema predomina la información periodística. En este sentido, véanse los siguientes artículos: <https://www.theguardian.com/world/2018/jul/07/pregnant-cambodian-women-charged-with-surrogacy-and-human-trafficking>; <https://www.theguardian.com/world/2018/nov/14/australian-nurse-freed-from-cambodian-jail-but-43-women-arrested-over-surrogacy>.

¹¹⁰ “Bill to Control Surrogacy Suspended by Ministers”, *The Phnom Penh Post*, mayo de 2018, disponible en: <https://www.phnompenhpost.com/national/bill-control-surrogacy-suspended-ministers>.

greek-civil-law/item/217-surrogacy-proceedings-in-greece-after-the-implementation-of-law-4272-2014.

ÁVILA HERNÁNDEZ, Carlos Javier, “La maternidad subrogada en el derecho comparado”, *Cadernos de Dereito Actual*, Santiago de Compostela, núm. 6, 2017.

BELLVER CAPELLA, Vicente, “Tomarse en serio la maternidad subrogada altruista”, *Cuadernos de Bioética*, Valencia, vol. 28, núm. 93, 2017, disponible en: <http://www.redalyc.org/html/875/87551350007/>.

BINOY, T. A., “An Evaluation of Surrogacy Tourism in India – A Study on Ethical and Legal Perspective”, *International Journal of Current Research*, vol. 10, núm. 2, febrero de 2018, disponible en: <http://www.journalcra.com>.

BRUNET, Laurence *et al.*, *Comparative Study on the Regime of Surrogacy in the EU Member States*, Bruselas, Parlamento Europeo, 2012, disponible en: http://ep.rints.lse.ac.uk/51063/1/__libfile_REPOSITORY_Content_Davaki%2C%20K_Comparative%20study%20regime%20surrogacy_Davaki_Comparative_study_regime_surrogacy_2013.pdf.

COHEN, Erik, “Surrogacy as International Business and National Disgrace of Thailand”, *Asian Anthropology*, vol. 14, núm. 2, 2015, disponible en: <https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/1683478X.2015.1046034>.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos, “El orden público interno, europeo e internacional civil”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

HORSEY, Kirsty, “Fraying at the Edges: UK Surrogacy Law in 2015”, *Medical Law Review*, vol. 24, núm. 4, 2016, disponible en: <https://doi.org/10.1093/medlaw/fww013>.

HORSEY, Kirsty y NEOFYTOU, Katia, “The Fertility Treatment Time Forgot: What Should Be Done About Surrogacy in the UK?”, en HORSEY, Kirsty (ed.), *Revisiting the Regulation of Human Fertilisation and Embryology*, Nueva York, Routledge, 2015.

ILIC, Ana, “Nepalese Court Suspends Commercial Surrogacy”, *BioNews*, 1o. de septiembre de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95169.

KODAMA, Masayuki, “Risks Present in the Cambodian Surrogacy Business”, *Eubios Journal of Asian and International Bioethics*, Arizona, vol. 27, marzo de 2017, disponible en: <http://www.eubios.info/EJAIB32017.pdf>.

LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona, 2013.

- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.
- LAMM, Eleonora, “Repensando la gestación por sustitución desde el feminismo”, *Microjuris*, 3 de diciembre de 2018, disponible en: <https://aldiaargentina.microjuris.com/2018/12/03/repensando-la-gestacion-por-sustitucion-desde-el-feminismo/>.
- METZ, Thaddeus, “Questioning South Africa’s «Genetic Link» Requirement for Surrogacy”, *South African Journal of Bioethics and Law*, Ciudad del Cabo, vol. 7, núm. 1, 2014, disponible en: <https://www.ajol.info/index.php/sajbl/article/view/103412>.
- ORTEGA LOZANO, Ramón *et al.*, “Gestación subrogada: aspectos éticos”, *Dilemata. Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, Madrid, núm. 28, 2018, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000248>.
- SPIVACK, Carla, “The Law of Surrogate Motherhood in the United States”, *American Journal of Comparative Law*, Oxford, vol. 58, diciembre de 2010.
- STASI, Alessandro, “Protection for Children Born Through Assisted Reproductive Technologies Act, B.E. 2558: The Changing Profile of Surrogacy in Thailand”, *Clinical Medicine Insights: Reproductive Health*, Tailandia, vol. 11, 2017, disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/pdf/10.1177/1179558117749603>.
- TAYLOR, Lucas, “Cambodia Bans Commercial Surrogacy Industry”, *BioNews*, 7 de noviembre de 2016, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95766.
- THEIS, Lucy *et al.*, “Re X and Y, Foreign Surrogacy: A Trek Through a Thorn Forest”, *Family Law*, marzo de 2009, disponible en: <https://www.nataliegambleassociates.co.uk/uploads/docs/53c63482700b9.pdf>.
- WARNOCK, Mary, *Fabricando bebés. ¿Existe un derecho a tener hijos?*, Barcelona, Gedisa, 2004.
- WHITTAKER, Andrea, “From «Mung Ming» to «Baby Gammy»: A Local History of Assisted Reproduction in Thailand”, *Reproductive Biomedicine & Society Online*, vol. 2, 2016.

VII. INFORMES

- CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, *Surrogate Motherhood-Ethical or Commercial*, Vasant Kunj, 2012, disponible en: <http://www.womenleadership.in/Csr/SurrogacyReport.pdf>.

- COMMITTEE OF ENQUIRY INTO HUMAN FERTILISATION AND EMBRYOLOGY, *Warnock Report*, 1984, disponible en: <https://www.bioeticaweb.com/warnock-report/>.
- FAMILY LAW COUNCIL, *Report on Parentage and the Family Law Act*, Australia, 2013, disponible en: <https://www.ag.gov.au/FamiliesAndMarriage/FamilyLawCouncil/Documents/family-law-council-report-on-parentage-and-the-family-law-act-december2013.pdf>.
- HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, Prel. Doc. No. 3A, febrero de 2015, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.
- IFFS SURVEILLANCE 2016, *Global Reproductive Health*, vol. 1, núm. 1, 2016, disponible en: https://journals.lww.com/grh/Fulltext/2016/09000/IFFS_Surveillance_2016.1.aspx.
- LAW COMMISSION OF INDIA, “Need for Legislation to Regulate Assisted Reproductive Technology Clinics as well as Rights and Obligations of Parties to a Surrogacy”, Report No. 228, agosto de 2009, disponible en: <http://lawcommissionofindia.nic.in/reports/report228.pdf>.
- SURROGACY UK WORKING GROUP ON SURROGACY LAW REFORM, *Surrogacy in the UK: Myth Busting and Reform*, 2015, disponible en: <https://www.kent.ac.uk/law/research/projects/current/surrogacy/Surrogacy%20in%20the%20UK%20Report%20FINAL.pdf>.

CAPÍTULO OCTAVO

ESTADOS CUYA LEGISLACIÓN PROHÍBE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *España*. III. *Francia*. IV. *Italia*. V. *Alemania*. VI. *Austria*. VII. *Suiza*. VIII. *Algunos estados de los Estados Unidos de América*. IX. *Conclusiones*. X. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente capítulo se analiza el panorama que presentan aquellos países cuya legislación actual no permite la gestación por sustitución o gestación subrogada, ni con fines altruistas ni a cambio de una prestación dineraria.

Desde países en los que la gestación subrogada está prohibida, centenares de personas han recurrido a esta práctica en el ámbito internacional, lo que ha dado pie a pronunciamientos judiciales en cada uno de esos países acerca de la ilicitud o la imposibilidad de inscribir como hijos de los padres intencionales o comitentes, en los respectivos registros civiles nacionales, a los niños así concebidos.

En este capítulo se hará referencia a los debates que el tema ha suscitado en jurisdicciones que de manera expresa prohíben los acuerdos de gestación subrogada. Su regulación gira en torno al rechazo de la legalidad de la gestación por sustitución, optando por la prohibición expresa, o bien por el no otorgamiento de eficacia jurídica desde el punto de vista de la filiación. Pero no sólo se plantea su nulidad en materia civil, sino que en algunos ordenamientos jurídicos también se penalizan diversas conductas relacionadas con la técnica de la gestación por sustitución.

Algunos de los países que en la actualidad se encuentran en este grupo son España, Francia, Italia, Alemania, Austria, Suiza y ciertos estados de los Estados Unidos de América, como Michigan, Nueva York, Arizona e India-

na. Cabe aclarar que la lista de jurisdicciones que se ha incluido en este capítulo tiene un carácter enunciativo y no limitativo. Además, en toda clasificación de países es sumamente relevante tener en cuenta que la regulación es dinámica. Una jurisdicción que hoy prohíbe la gestación por sustitución podría pronto abrirle la puerta, tanto por vía legislativa como jurisprudencial. Finalmente, téngase en cuenta que el orden de presentación de los Estados atiende al impacto que sus conflictos han tenido internacionalmente.

II. ESPAÑA

España es uno de los principales países de destino de turismo reproductivo, pues cuenta con una ley sobre TRHA permisiva y con un excelente sistema privado de salud, además de ser un destino turístico conocido y amable para muchos europeos. No obstante, cuando se trata de gestación por sustitución, España es un Estado de origen de turismo reproductivo.¹

Desde hace treinta años, el país cuenta con una regulación sobre TRHA que dispone la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se convenga, con o sin precio, la gestación a cargo de una mujer que renuncie a la filiación materna a favor de un contratante o de un tercero.²

La mujer que lleve a término el embarazo será la madre legal, lo sea o no genéticamente. La regla de determinar la filiación por el parto³ supone que la maternidad genética tiene el mismo tratamiento que la de donante de óvulos. Por su parte, la filiación paterna se determinará en función del consentimiento a la aplicación de las técnicas y de la aportación de gametos, salvo que intervenga un donante. El padre biológico o genético tendrá acción para reclamar su paternidad, de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil.⁴

¹ Igareda, Noelia, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, noviembre de 2018, p. 59, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>.

² Ley 35/1988, parcialmente modificada por la Ley 45/2003, la cual, a su vez, fue derogada por la actualmente vigente Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 126, 27 de mayo de 2006, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>). En ninguna de esas dos ocasiones se consideró necesario modificar la regulación sobre gestación por sustitución, que databa de 1988. El artículo 10.1 de la Ley 14/2006 establece: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”.

³ Artículo 10.2 de la Ley 14/2006: “La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto”.

⁴ Artículo 10.3 de la Ley 14/2006: “Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

Sin lugar a duda, en España la gestación por sustitución ha generado una gran controversia. El debate se ha centrado en torno a si la legislación española vigente debería reformarse para permitirla en determinadas condiciones, o mantenerse como está y adoptar medidas para reforzar su eficacia. Las posiciones institucionales más relevantes⁵ corresponden, principalmente, a la Sociedad Española de Fertilidad (SEF), la Sociedad Española de Salud Pública y Administración Sanitaria (SESPAS) y el Informe del Comité de Bioética de España (CBE).⁶ En este último, el CBE sustenta el pleno rechazo de la gestación subrogada como una cuestión de principio, indicando que estos acuerdos suponen una explotación de la mujer y un daño al interés superior de la niñez, y denuncia la insuficiencia instrumental para prevenir la realización de esta práctica en el extranjero.⁷ Además, el Informe del CBE propone una reforma para lograr que la nulidad de esos contratos sea también aplicable a aquellos celebrados en el extranjero y que la transición a una regulación más efectiva no produzca el efecto colateral de dejar desprotegidos a los niños que nacen de estos procesos. Igualmente, el Informe hace un atisbo de proposición para “descargar” el régimen jurídico español en un marco internacional universal.

Según datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del gobierno de España, entre 2010 y 2016 se habrían registrado, al menos, 979 nacimientos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas de 12 países distintos donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas.⁸ Pese a la prohibición legal en España, la necesidad de reconocer que en algunos países la gestación subrogada es una

⁵ No obstante, recientemente también se puede mencionar la Proposición de Ley reguladora del derecho a la gestación por subrogación, presentada por el Grupo Parlamentario Ciudadanos, 27 de abril de 2017 (*Boletín Oficial de las Cortes Generales*, 8 de septiembre de 2017).

⁶ Comité de Bioética de España, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.

⁷ Romeo Casabona, como vocal del CBE, tiene un voto particular con respecto al Informe mencionado, en el que se manifiesta coincidente en lo básico con lo referido por el Comité, pero matizando algunos razonamientos, principalmente volcándose en la solución a través de dos vías: 1) asegurar que el marco legal actual sea respetado, y 2) reformar la legislación española con el fin de admitir el recurso a la gestación subrogada en algunos casos. Véase Romeo Casabona, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, vol. 10, núm. 28, septiembre de 2018, pp. 116-119, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000251/608>.

⁸ Esta cifra no contempla, sin embargo, aquellos casos cuyos trámites se hayan iniciado en los países de origen, pero cuyas inscripciones se hayan practicado posteriormente en España y no en las embajadas. La cifra también es incompleta, porque hay algunos casos que

práctica admitida y legal llevó a la administración española a aprobar una serie de directrices encaminadas a dar solución a casos en los que ciudadanos españoles reclamaban la inscripción registral de nacimiento de menores nacidos en otros países, donde las gestantes renunciaban a la filiación materna.⁹

El caso más conocido en España es el que se derivó de la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN) del 18 de febrero de 2009 (RJ 2009/1735), que ordenó inscribir a dos menores nacidos de una mujer gestante en California.¹⁰ Los niños eran hijos de dos varones españoles casados que contrataron a una mujer para gestar a sus hijos con material genético de uno de ellos. El matrimonio presentó en el Consulado de España en Los Ángeles el certificado de nacimiento expedido por las autoridades de California, donde consta la paternidad de los varones con respecto a sus hijos. El problema no era el derecho aplicable a la filiación,¹¹ sino

llegan al Registro Civil por vía de adopción internacional, pero en realidad encubren casos de gestación subrogada. Véase Emakunde, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*, abril de 2018, p. 6, disponible en: emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFO_RMECOMPLETO21042018.pdf. Asimismo, véase González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 163-194.

⁹ Dirección General de los Registros y del Notariado, “Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 243, 7 de octubre de 2010, disponible en: <http://www.icab.es/files/242-222542-DOCUMENTO/gestacionporsustitucion.pdf>. Esta instrucción permite la inscripción de resoluciones judiciales extranjeras sobre filiación del nacido en casos de gestación por sustitución; pero también establece que “En ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante”. La disposición transcripta fue flexibilizada por la “Instrucción de 14 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” (disponible en: https://e04-elmundo.uecdn.es/documentos/2019/02/16/instruccion_gestacion.pdf); sin embargo, fue dejada sin efecto pocos días después por la “Instrucción de 18 de febrero de 2019, sobre actualización del régimen registral de filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución” (*Boletín Oficial del Estado*, núm. 45, 21 de febrero de 2019, disponible en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/02/21/pdfs/BOE-A-2019-2367.pdf>), por lo que recobró su vigencia la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

¹⁰ Para un comentario al respecto, véase Hutchinson, Anne-Marie *et al.*, “International Surrogacy Arrangements between California and England and Wales”, *Family Law*, vol. 41, núm. 10, octubre de 2011, pp. 1104-1109.

¹¹ Las autoridades registrales españolas no tuvieron que aplicar las normas de conflicto ni tampoco la ley sustantiva por ellas designada, es decir, la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida, para decidir si la decisión californiana podía ser inscrita en el Registro Civil español. Véase Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de

los efectos jurídicos en España de una decisión pública extranjera, es decir, la validez extraterritorial de decisiones extranjeras en España.¹² Los cónyuges recurrieron la denegación de inscripción ante la DGRN y el resultado fue la inscripción registral con idéntica filiación a la que constaba en el Registro Civil de California, en donde se expresa que los nacidos en California son hijos de los cónyuges varones españoles. Se trató de una resolución pionera, con una solución legal de vanguardia.

No obstante, este logro de avanzada se vio confrontado cuando el Ministerio Fiscal interpuso un recurso contra la resolución del DGRN, dando pie a la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Valencia núm. 15, del 15 de septiembre de 2010 (AC 2010/1707), en donde se concluyó que la certificación no se ajustaba a la ley material española —era contraria al artículo 10 de la LTRHA—, lo cual obstaculizaba la inscripción en el Registro Civil. Los cónyuges apelaron y, posteriormente, la Audiencia Provincial de Valencia, el 23 de noviembre de 2011, dictó una sentencia (AC 2011/1561) con el mismo resultado de rechazo de inscripción en el Registro Civil, bajo el argumento de que el interés superior del menor no puede servir de coartada para dar cabida en el ordenamiento jurídico español a la inscripción de una filiación derivada de un convenio de gestación por sustitución que es nulo.¹³

Posteriormente, el 6 de febrero de 2014, el Tribunal Supremo español¹⁴ resolvió en forma definitiva el caso. Si bien dicho tribunal denegó la inscripción, señaló que el reconocimiento de esa filiación se podría alcanzar a través de la acción de reclamación de la paternidad por parte del padre biológico, contemplada en el artículo 10.3 de la LTRHA. En definitiva, se recurre al “orden público internacional atenuado”,¹⁵ considerando que cualquier vi-

la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaria*, vol. 2014, núm. 2, 2014, p. 61.

¹² Rubio Torrano, Enrique, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011, pp. 11-14.

¹³ Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David, *op. cit.*, p. 62.

¹⁴ Comité de Bioética de España, *op. cit.*

¹⁵ La misma aproximación al orden público internacional atenuado fue adoptada en los criterios pronunciados por el TEDH, Sección 5a., el 26 de junio de 2014, en *Mennesson c. Francia* (asunto 65192/11, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D](https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D)}) y *Labassée c. Francia* (asunto 65941/11, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>}). Véase Lagarde, Paul, “Cour de Cassation (1ère Ch. Civ.) 17 décembre 2008”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009, pp. 320-331. Asimismo, véase el capítulo décimo de esta obra.

sión absolutista de orden público no va en consonancia con la función encomendada a los jueces, que es la de resolver cuestiones concretas.¹⁶

Una situación como la expuesta fue resuelta en otro caso por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid.¹⁷ Un matrimonio de nacionalidad española impugnó la resolución dictada por el Consulado de España en Moscú, que denegó la solicitud de concesión de un salvoconducto o cualquier otro documento de viaje para un niño. La decisión se basaba en que el menor, nacido en Moscú por el procedimiento de gestación subrogada, había sido inscripto en el registro local, donde se identificó como padre y madre al matrimonio que había concertado un contrato de gestación por sustitución con una mujer gestante extranjera, sin que ninguno de los comitentes aportara material genético.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid consideró que la inscripción registral en Moscú no era suficiente para determinar la filiación del niño, por más que en el país de nacimiento se admitiera la gestación por sustitución y se hubiera atribuido la paternidad y la maternidad a los comitentes españoles. Asimismo, dicho tribunal expresó que, aunque en la legislación española son nulos de pleno derecho los contratos de gestación por sustitución celebrados en territorio nacional, la normativa vigente y la jurisprudencia aplicable no impedían el reconocimiento de los derechos de los niños nacidos fuera de España y de los que hubieran sido determinados como progenitores en el Estado extranjero mediante el procedimiento legalmente establecido, que habría de incluir necesariamente una sentencia del órgano judicial competente de aquel Estado. Ahora bien, en este concreto caso, pese a preverla el propio contrato celebrado por el matrimonio español y para su eficacia fuera del territorio de la Federación Rusa, no fue presentada la resolución judicial que debía ser emitida por el tribunal ruso competente, por lo que el menor no pudo ser inscripto en España.¹⁸

Finalmente, en agosto de 2018, decenas de familias españolas que acudieron a Kiev, Ucrania, para llevar a cabo acuerdos de gestación por sustitución tuvieron que permanecer varias semanas en ese país sin poder obtener el registro consular de sus bebés y, por tanto, su nacionalidad y el pasaporte que les permitía regresar a España. El Ministerio de Exteriores español sub-

¹⁶ González Martín, Begoña, “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 54, marzo-abril de 2014, pp. 38-40, disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-54/3717-no-inscripcion-en-el-registro-civil-espanol-de-los-menores-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion>.

¹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Contencioso Administrativo, núm. 209/2017, 13 de marzo de 2017.

¹⁸ Dirección General de los Registros y del Notariado, *op. cit.*

rayó que el desarrollo y paralización de estos expedientes tuvo que ver con la necesidad de hacer una comprobación caso por caso ante las sospechas de irregularidades, mala praxis médica asociada a los procesos de reproducción asistida, así como casos de posible tráfico de menores.¹⁹ A finales de marzo de 2019, el conflicto atinente a varias familias españolas en Ucrania continuaba atrayendo la atención de la prensa.²⁰

III. FRANCIA

La Ley de Bioética núm. 94-653²¹ relativa al respeto al cuerpo humano establece la prohibición de los contratos de gestación subrogada. Todo acuerdo referido a la procreación o gestación por cuenta de otro es nulo, entendiéndose que dicha nulidad es de orden público. La ley sanciona penalmente y prevé penas de hasta tres y cinco años de prisión para aquellos que procedan a la simulación o engaño causando un atentado al estado civil de un niño o que realicen algún tipo de actividad de reproducción asistida con finalidades diferentes de las marcadas por el Código de Salud Pública francés.²²

El artículo 16-7 del Código Civil francés dispone que “toda convención referida a la procreación o a la gestación por cuenta de otro es nula”, debiendo entenderse, en virtud del artículo 16-9, que tal disposición es de orden público.²³

Por su parte, el Comité Consultatif National d'Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé de Francia ha manifestado su postura en distintas ocasiones. En octubre de 1984, dicho comité sostuvo que la gestación por sustitución de carácter comercial podría llevar a la “explotación material y

¹⁹ Requena Aguilar, Ana, “¿Por qué hay 30 familias bloqueadas en Ucrania y qué dice la ley española sobre la gestación por sustitución?”, *Eldiario.es*, 29 de agosto de 2018, disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/familias-atrapadas-Ucrania-gestacion-sustitucion_0_808769481.html.

²⁰ Zuil, María, “Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés”, *El Confidencial*, 29 de marzo de 2019, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-29/ucrania-vientre-alquiler-gestacion-pasaporte-colapso_1910646/.

²¹ Loi no. 94-653 du 29 juillet 1994 relative au respect du corps humain, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000000549619>.

²² El artículo 16-7 del Código Civil dispone que “Todo convenio relativo a la procreación o la gestación por cuenta de otro será nulo”. Por otra parte, el artículo 227-7 del Código Penal establece una sanción con pena de 6 meses de prisión y multa de 15,000 euros para los intermediarios.

²³ Código Civil francés, 30 de julio de 1994, disponible en: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721&dateTexte=20060406>.

psicológica de las mujeres involucradas”²⁴ y, más recientemente, planteó la necesidad de interrogarse acerca del “eventual impacto a largo plazo que la disociación entre filiación materna y gestación puede tener en la psique de las personas nacidas por gestación por sustitución”.²⁵

En 1991, la Corte de Casación francesa se pronunció sobre la nulidad por motivos de orden público de todo convenio de gestación por sustitución, determinando que cualquier mujer que acuerde la gestación y posterior entrega de un niño, ya sea de manera gratuita o no, estaría contraviniendo principios de orden público como la “indisponibilidad del cuerpo humano” y la “indisponibilidad del estado civil de las personas”.²⁶

La Corte de Casación francesa resolvió en varias sentencias de 2011 denegar la posibilidad de dar cobertura legal a la inscripción de la filiación realizada en el país donde había tenido lugar la gestación por sustitución. La conclusión fue la misma en los tres supuestos: la Corte afirmó que existía una contrariedad con el orden público francés. La indisponibilidad del estado civil de las personas es un principio de orden público internacional francés indiscutible. Dos de estos casos llegaron al TEDH: *Mennesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*, en los cuales el país desconoció la filiación de niños o niñas que nacieron luego de un acuerdo de gestación por sustitución llevado a cabo en Estados Unidos.²⁷

Antes de finalizar este apartado referido a Francia, es importante mencionar que, en este país, el Tribunal de Apelación de París confirmó la decisión del Tribunal de Grande Instance de 2016, reconociendo la adopción plena por parte de un hombre de los gemelos genéticamente relacionados

²⁴ Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 3, 2012, p. 11, disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf

²⁵ Comité Consultatif National d’Éthique pour les Sciences de la Vie et de la Santé, “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)”, Avis No. 110, 1o. de abril de 2010, p. 15, disponible en: https://www.cne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf.

²⁶ Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 2, 2017, pp. 171 y 172, disponible en: http://www.academia.edu/32768784/Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_y_orden_p%C3%BAblico; Calvo Caravaca, Alfonso-Luis y Carrascosa González, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, vol. 9, núm. 1, 2017, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.

²⁷ Acerca de la reciente Opinión Consultiva del TEDH a propósito del caso *Mennesson*, emitida el 10 de abril de 2019, véase la sección VII del capítulo décimo de esta obra. Asimismo, pueden consultarse Gouttenoir, Adeline, “Session de rattrapage pour la gestation pour autrui étrangère”, *La Semaine Juridique*, núm. 13-344, 26 de marzo de 2018; Gouttenoir, Adeline, “Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l’étranger”, *La Semaine Juridique*, núm. 39-984, 25 de septiembre de 2017.

de su marido, nacido a través de la gestación subrogada en Canadá. Ésta es la primera vez que un tribunal de apelación ha emitido una decisión sobre la adopción plena (la única reconocida para una adopción internacional) de niños nacidos por subrogación por parte del padre intencional no relacionado genéticamente.²⁸

Por último, cabe mencionar el asunto tan complejo al que se enfrentó la Corte de Apelaciones de Ruan, resuelto el 31 de mayo de 2018.²⁹ Al final del examen de la situación tan particular del caso, podría haber eliminado la prueba biológica de la filiación de un niño para hacer que, en su interés superior, prevaleciera en la casa de la pareja que lo había criado desde su nacimiento. El niño se encontraba inmerso en un imposible conflicto de filiaciones, al haber sido concebido en la ejecución de un contrato de subrogación. La prohibición de causar cualquier efecto a un acuerdo afectado por una nulidad del orden público permitió entonces derrotar los reclamos del padre biológico.³⁰

IV. ITALIA

En Italia,³¹ donde no había ninguna regulación en materia de reproducción asistida, el 19 de febrero de 2004 se dictó la Ley 40/2004, en la que se prohíbe expresamente la gestación subrogada y se criminaliza la infracción a la prohibición.³² Su artículo 12.6 dispone que será castigado con pena de prisión de tres meses a dos años y con multa de 600,000 a 1,000,000 de euros quien de cualquier modo realice, organice o publicite la gestación subrogada; además, podrá ser suspendido en el ejercicio de la profesión médica. La ley italiana no añade a la indicación de la sanción ninguna norma relativa a las

²⁸ “GPA à l'étranger: la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, *Liberation*, 19 de septiembre de 2018, disponible en: www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnait-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pe-re_1679812.

²⁹ Cour d'Appel de Rouen, Chambre de Famille, no. 17/0208, JurisData no. 2018-01 1018.

³⁰ Binet, Jean-René, “Quand le recours à une GPA fait obstacle à l'invocation de la vérité biologique”, *La Semaine Juridique*, núm. 41-1040, 8 de octubre de 2018.

³¹ Camboni Miller, Valeria, “Legal and Ethical Considerations on the Use of Assisted Reproductive Technology in the United States and Italy”, *Digest: National Italian American Bar Association Law Journal*, vol. 24, 2016, p. 17. La parte IV se dedica a la Ley italiana 40/2004 y la parte VIII aborda los últimos casos jurisprudenciales.

³² Legge 19 febbraio 2004, n. 40, Norme in materia di procreazione medicalmente assistita, *Gazzetta Ufficiale*, núm. 45, 24 de febrero de 2004.

consecuencias civiles del incumplimiento. Estos aspectos se han dejado para ser resueltos por la jurisprudencia.

La legislación italiana en materia de reproducción asistida inicialmente prohibía la fecundación heteróloga, aspecto que fue finalmente declarado inconstitucional por la Sentencia núm. 162 del Tribunal Constitucional del 9 de abril de 2014.³³

En 2009, el Tribunal de Apelación de Bari emitió una sentencia sobre nacidos en el Reino Unido entre 1997 y 2000 que constaban en el registro italiano como hijos de la mujer gestante y el padre biológico. En 2007 se hizo la rectificación de las actas en el registro italiano para que la madre intencional figurara como madre y el Tribunal accedió, considerando que la gestación subrogada no era contraria al orden público internacional y que el orden público no actúa en abstracto, sino en el caso concreto.³⁴

Un referente importante en Italia es el caso que se suscitó cuando el matrimonio conformado por la señora Paradiso y el señor Campanelli, ante sus problemas de infertilidad, decidió recurrir a la gestación subrogada en Rusia, ya que en Italia estaba prohibida. Tras un proceso de fecundación *in vitro*, con un óvulo de donante, dos embriones fueron transferidos a la mujer gestante. Como resultado del procedimiento nació un niño, quien fue registrado en Rusia como hijo de la pareja comitente. En Italia se negó la inscripción del certificado de nacimiento emitido por las autoridades rusas. En agosto de 2011, por decisión de los tribunales italianos, se realizaron pruebas de ADN al esposo y al niño, cuyo resultado fue que no existía vínculo genético entre ambos, de forma que el marido no era realmente el padre biológico del niño. En consecuencia, se dictó una orden de retirada del niño y se abrió un procedimiento de adopción; meses después fue adoptado por otra familia. El matrimonio Paradiso-Campanelli recurrió ante el TEDH, el cual consideró que se había producido una violación del artículo 8o. del CEDH.³⁵ La deci-

³³ Sobre la modificación a la ley italiana de 2014, véase Corn, Emanuele, “La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga”, *Revista de Bioética y Derecho*, España, núm. 35, noviembre de 2015, disponible en: <http://revistes.uib.edu/index.php/RBD/article/view/14278/17544>.

³⁴ Cit. por Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, p. 173.

³⁵ TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, párr. 157, disponible en: [https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:\[%22001-151056%22\]}](https://hudoc.echr.coe.int/eng#{%22itemid%22:[%22001-151056%22]}); “Having regard to the above factors, namely the absence of any biological tie between the child and the intended parents, the short duration of the relationship with the child and the uncertainty of the ties from a legal perspective, and in spite of the existence of a parental project and the quality of the emotional bonds, the Court considers that the conditions enabling it to conclude that there existed a *de facto* family life have not been met”.

sión fue recurrida por el gobierno italiano ante la Gran Sala.³⁶ El 24 de enero de 2017, la Gran Sala³⁷ decidió que no se había vulnerado el artículo 8o. del CEDH y señaló en su sentencia que fue ilegal la conducta del matrimonio Paradiso-Campanelli y justificó las decisiones de los tribunales italianos dirigidas a proteger la legalidad nacional.³⁸

V. ALEMANIA

La ley alemana no sólo prohíbe, sino que también sanciona³⁹ la utilización abusiva de las TRHA, y establece pena de privación de libertad de hasta tres años; igualmente, prevé sanciones para el personal médico que las realice. En el caso alemán, el artículo 1o. de la Ley de Protección del Embrión de 1990 determina que el convenio de gestación por sustitución es contrario a las buenas costumbres y es nulo por violar el orden público. También la regulación del fenómeno de la adopción incluye entre sus disposiciones la prohibición de la gestación por sustitución; en este sentido, la legislación alemana contempla pena de prisión y multa para todas aquellas personas que incumplan sus disposiciones. Sin embargo, únicamente se sanciona penalmente a aquellas personas que intervengan en cualquiera de las operaciones necesarias para llevar a cabo la gestación, como puede ser la fecundación y la extracción de óvulos; no se sanciona ni a los comitentes ni a la mujer subrogada.

Este país no ha sido ajeno a los problemas que se generan a través de un acuerdo de gestación por sustitución transfronterizo. El caso más renombrado sobre reconocimiento integral de doble filiación paterna es el de una pareja de hombres que realizó un acuerdo en California, en donde utilizaron los gametos de uno de ellos. La pareja registró al niño en Estados Uni-

³⁶ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>.

³⁷ *Idem*.

³⁸ TEDH, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, cit., párr. 209: “The Court does not consider in the present case that the domestic courts were obliged to give priority to the preservation of the relationship between the applicants and the child. Rather, they had to make a difficult choice between allowing the applicants to continue their relationship with the child, thereby legalizing the unlawful situation created by them as a *fait accompli*, or taking measures with a view to providing the child with a family in accordance with the legislation on adoption”.

³⁹ El artículo 1o. de la Ley de Protección del Embrión, núm. 745/90, del 13 de diciembre de 1990, establece lo siguiente: “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo... 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

dos y la corte en California reconoció a ambos padres intencionales como los padres legales. Sin embargo, en Alemania las autoridades se negaron a registrar el nacimiento y a reconocer a la pareja como los padres.⁴⁰ En segunda instancia, los dos tribunales confirmaron la decisión de la oficina de registro. El caso se llevó al Tribunal Supremo alemán, que dictó sentencia el 10 de diciembre de 2014,⁴¹ decidiendo que era procedente el reconocimiento de paternidad en favor de los dos hombres alemanes, pues reconocer la decisión sostenida en California no producía efectos contrarios al orden público internacional alemán; por lo tanto, ordenó al Registro Civil alemán el registro del nacimiento del niño con sus dos respectivos padres, estableciendo, además, que siempre se debe dar preferencia al interés superior del niño. Para tales efectos, el Tribunal citó las resoluciones del TEDH en los casos *Menesson c. Francia* y *Labassée c. Francia*.

Por otro lado, en un caso resuelto por el mismo Tribunal Supremo de Alemania, mediante sentencia del 20 de marzo de 2019,⁴² se negó el reconocimiento a la maternidad de una madre intencional alemana, residente en Alemania, con respecto a un niño nacido en Ucrania a través de un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza, que fue celebrado por la mujer alemana y su esposo —padres de intención— con una mujer gestante ucraniana, residente en Ucrania. Ambos padres intencionales tenían un vínculo genético con el niño. En el acta de nacimiento expedida en Ucrania, quienes figuraban como progenitores eran los cónyuges alemanes, residentes en Alemania. El Tribunal entendió que la residencia habitual del niño estaba en Alemania y que, en virtud del artículo 19.1 del Código Civil alemán, correspondía aplicar la ley alemana. En consecuencia, la madre es, según el máximo tribunal alemán, la mujer ucraniana y la maternidad de la alemana sólo puede lograrse recurriendo a un procedimiento de adopción. Esta solu-

⁴⁰ La ley alemana sólo reconoce paternidad por adopción o ascendencia, y establece que la mujer gestante es la madre legal del niño. Véase *Gaceta de Leyes Federales (Bundesgesetzblatt)*, I p. 42, 2909, Código Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch*) § 1592; Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 463/13, Fundamentos (*Gründe*), disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=pm&Datum=2014&Sort=3&nr=69759&linked=bes&Blank=1&file=dokument.pdf> (en alemán) (resumen en inglés: <https://www.crin.org/en/library/legal-database/supreme-court-germany-decision-xii-zb-463/13-bundesgerichtshof-beschluss-xii>). Sobre este caso, véase también la sección VI del capítulo décimo de la presente obra.

⁴¹ *Idem*.

⁴² Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 530/17, disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4> (en alemán). Sobre este caso, véase también la sección VI del capítulo décimo de la presente obra.

ción llama la atención, dado que sugiere la adopción del niño por parte de la mujer cuyo óvulo fue fertilizado para que ese niño pudiera existir. Asimismo, es preciso tener presente que, en este caso, la filiación establecida en el extranjero sólo constaba en un certificado de nacimiento y no en una sentencia (lo que sí sucedía en el caso resuelto en 2014, donde había una sentencia californiana acerca de la filiación).

VI. AUSTRIA

La prohibición de la gestación subrogada en Austria está consagrada en la Ley sobre Medicina Reproductiva, del 1o. de julio de 1992, la cual fue reformada⁴³ en febrero de 2015. La reforma a la normativa incluyó la autorización para practicar procedimientos de reproducción asistida que anteriormente estaban prohibidos. También se amplió el acceso a grupos que antes no podían acceder a ellos, como mujeres en pareja. Sin embargo, algunas restricciones previstas en la Ley sobre Medicina Reproductiva de 1992 no se modificaron y así mujeres y hombres solteros y parejas de hombres no pueden acceder a procedimientos de reproducción asistida. Además, es preciso destacar que la gestación por sustitución y la donación de embriones continúan estando prohibidas.⁴⁴

Pese a que las disposiciones legales austríacas prohíben la gestación por sustitución y determinan que la madre legal es la mujer que da a luz al niño, el Tribunal Constitucional de este país se ha pronunciado en dos casos transfronterizos a favor de los padres intencionales. El primero de dichos casos se suscitó por un acuerdo de gestación por sustitución celebrado en Georgia, Estados Unidos, y el segundo, por uno que tuvo lugar en Ucrania. En ambos casos, el Tribunal Constitucional austríaco resolvió que el niño dado a luz por la gestante era el hijo legal de los padres intencionales y no de la gestante. En el primer caso, el razonamiento del Tribunal se centró en la supuesta limitación de la competencia de aplicación de las normas austríacas, al

⁴³ Austrian Bioethics Commission, *Reform of the Reproductive Medicine Act*, 2 de julio de 2012, disponible en: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=51083>; Busardò, Francesco *et al.*, “The Evolution of Legislations in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members”, *BioMed Research International*, vol. 2014, julio de 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>.

⁴⁴ Sobre el proceso para modificar la ley austríaca en materia de reproducción asistida, que durante décadas fue muy restrictiva, véase Griessler, Erich y Hager, Mariella, “Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria”, *Reproductive Biomedicine and Society Online Journal*, vol. 3, diciembre de 2016, pp. 68-76, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2016.12.005>.

carácter internacionalmente obligatorio de las leyes de Georgia y al interés superior del niño. En el segundo caso, el Tribunal reconoció el certificado de nacimiento ucraniano de los gemelos y sostuvo que la aplicación del derecho sustantivo austríaco a este caso violaría el principio de protección del interés superior del niño.⁴⁵

VII. SUIZA

En Suiza, la Constitución Federal prohíbe la gestación por sustitución en todas sus modalidades, estableciendo en su artículo 119 que, con respecto a la medicina reproductiva e ingeniería genética en el ámbito humano, Suiza prescribe el derecho al patrimonio germinal y genético humano, previendo una tutela a la dignidad humana, la persona y la familia. Por ello, la donación de embrión y cualquier otra forma de maternidad sustituta son inadmisibles. A su vez, el Código Civil de Suiza, en sus artículos 260 y 261, prevé que la paternidad se presume del padre en caso de matrimonio, aunque está sujeta, si hubiera otro posible padre, a la prueba del acto sexual con la madre en tiempos de concepción; en caso de querer reclamar la paternidad por vía jurisdiccional, únicamente se le otorgan derechos a la madre y al hijo, así como a parientes en línea recta del padre.

Pese a la prohibición constitucional de la gestación subrogada, en 2014 el Alto Tribunal Administrativo Cantonal de St. Gallen falló a favor de la inscripción, como hijo legal de dos hombres, de un menor nacido por un acuerdo de subrogación realizado en California. Sin embargo, el fallo de ese tribunal fue apelado por el Departamento de Justicia Federal y, el 7 de julio de 2015, la Corte Suprema revocó el fallo que emitió este tribunal de St. Gallen un año antes, determinando que sólo el comitente que aportó el semen puede ser reconocido oficialmente como el padre. Asimismo, se afirmó que el nombre de la gestante debe ser registrado oficialmente por el cantón de St. Gallen en su registro civil.⁴⁶

⁴⁵ Lurger, Brigitta, “The Austrian Choice of Law Rules in Cases of Surrogate Motherhood Abroad – The Best Interest of the Child between Recognition, European Human Rights and the Austrian Prohibition of Surrogate Motherhood”, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts*, núm. 3, 2013, p. 282, disponible en: <http://www.iprax.de/en/contents/earlier-issues/2013-Issue-03.php>.

⁴⁶ “Same-Sex Couple Given Parental Rights to Surrogate Child”, *Swiss Info Chanel*, 26 de agosto de 2014, disponible en: https://www.swissinfo.ch/eng/legal-exception_same-sex-couple-given-parental-rights-to-surrogate-child/40574218; Wells-Greco, Michael, “Switzerland, Inter-Country Surrogacy and Public Policy”, *BioNews*, núm. 805, 8 de junio de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95070.

VIII. ALGUNOS ESTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

En Estados Unidos, el 20% de los casos de gestación por sustitución son contratos realizados por extranjeros; es decir, ha existido, en la última década, un crecimiento tal de esta práctica que las clínicas se han adaptado al nuevo entorno mediante la consolidación y la creación de plataformas o la contratación de “corredores” que aprovechan el creciente mercado, compitiendo, incluso, por atraer a los clientes que tienen un alto poder adquisitivo.⁴⁷

Aun con lo anterior apuntado, entre los estados de este país que prohíben la gestación por sustitución, algunos de ellos la consideran un delito penal e imponen multas y penas de cárcel, mientras que otros simplemente declaran nulo el acuerdo de gestación subrogada.⁴⁸

1. Michigan

En Michigan, la Ley de Filiación Subrogada (Surrogate Parenting Act)⁴⁹ dispone que “El contrato de filiación subrogada es nulo e inejecutable por ser contrario al orden público” —artículo 722.855—. Esta disposición se aplica tanto para la gestación por sustitución altruista como para la que contempla el pago de una suma de dinero como retribución a la gestante.

Además, la prohibición del contrato oneroso de filiación subrogada es establecida expresamente en el artículo 722.859, que a su vez impone sanciones de multa o de prisión tanto para las partes contratantes como para los intermediarios o facilitadores cuando hay una contraprestación dineraria. Según dicha norma, quien celebre un contrato oneroso de filiación subrogada será sancionado con una multa de hasta 10,000 dólares, con prisión de hasta 1 año o con ambas, excepto si se trata de una menor no emancipada o una mujer diagnosticada con discapacidad intelectual, enfermedad mental

⁴⁷ Carbone, June y Miller, Christina O., “Surrogacy Professionalism”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 31, núm. 1, 2018, *passim*. En torno a cómo las leyes en los Estados Unidos regulan el acceso a la reproducción asistida, controlan el uso de la subrogación y tratan los problemas relacionados con la filiación de los niños concebidos a través de las TRHA, véase la primera parte de la contribución de Camboni Miller, Valeria, *op. cit.*

⁴⁸ The Center for Bioethics and Culture, “State-by-State Surrogacy Summary”, 2012-2018, disponible en: http://www.cbc-network.org/wp-content/uploads/2012/08/State-by-State_Surrogacy_Sum_CBC.pdf.

⁴⁹ Michigan Surrogate Parenting Act, Act 199 of 1988, disponible en: [http://www.legislature.mi.gov/\(S\(i0b5cg45xv4se045b1kcxba5\)\)/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf](http://www.legislature.mi.gov/(S(i0b5cg45xv4se045b1kcxba5))/documents/mcl/pdf/mcl-act-199-of-1988.pdf).

o discapacidad de desarrollo. En el mismo artículo se señala que cualquier otra persona que induzca, arregle, procure o de cualquier modo asista en la celebración de un contrato oneroso de filiación subrogada será sancionada con una multa de no más de 50,000 dólares, con prisión de hasta 5 años o con ambas.

También se establece en el artículo 722.857 la prohibición expresa del contrato de filiación subrogada en el que una mujer menor no emancipada o una mujer diagnosticada con discapacidad intelectual, enfermedad mental o discapacidad de desarrollo sea la “madre subrogada o portadora subrogada”. La misma norma prevé sanciones para cualquier otra persona distinta de la mujer en cuestión que celebre ese contrato, lo induzca, lo arregle, lo procure o lo asista en su celebración: multa de hasta 50,000 dólares, hasta 5 años de prisión o, incluso, ambas.

De lo expuesto con respecto a la legislación de Michigan, se colige que la gestación por sustitución altruista, en la cual la gestante no sea una menor no emancipada ni una mujer con discapacidad o enfermedad mental diagnosticada, no es una figura sancionada. No obstante, se le considera contraria al orden público, por lo que el contrato es nulo y, en consecuencia, tampoco se puede reclamar su cumplimiento forzoso.

2. Nueva York

El estado de Nueva York es una de las jurisdicciones estadounidenses donde la gestación subrogada está prohibida. En efecto, la Ley de Relaciones Domésticas del Estado de Nueva York (Domestic Relations Law)⁵⁰ dispone en su artículo 8-122 que “Los contratos de filiación subrogada se declaran contrarios al orden público de este estado y son nulos y no exigibles”. Dicha ley, que data de 1992, retoma las preocupaciones surgidas a raíz del caso *Baby M*, resuelto en 1988 por la Suprema Corte del estado de Nueva Jersey,⁵¹ y las recomendaciones del mismo año a cargo de la New York Task Force on Life and the Law.⁵²

Además, existen sanciones tanto para quienes participen como para quienes ayuden a otros a participar en un acuerdo oneroso de gestación por

⁵⁰ New York Consolidated Laws, Domestic Relations Law, disponible en: <https://codes.findlaw.com/ny/domestic-relations-law/#!tid=N1FEB8F64592D4888B3B90A38A8F29E93>.

⁵¹ *In re Baby M*, 537 A.2d 1227 (N.J. 1988). Acerca de este caso, véase la sección I del capítulo primero de la presente obra.

⁵² New York Task Force on Life and the Law, *Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy*, Nueva York, 1988, disponible en: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf.

sustitución. En el estado de Nueva York se puede llegar a imponer una multa de hasta 500 dólares estadounidenses a los padres intencionales, a la gestante y a sus cónyuges por ser parte de un acuerdo de gestación por sustitución en el que el pago exceda los gastos médicos razonables y los gastos permitidos en casos de adopción —artículos 123-1 y 123-2(a) de la Ley de Relaciones Domésticas—. La legislación establece, adicionalmente, que todas las personas o entidades que faciliten o asistan en la celebración de un contrato de filiación subrogada a cambio de una suma de dinero serán sancionadas civilmente por su primera conducta en este sentido, con una multa de hasta 10,000 dólares, y deberán reembolsar el pago recibido —artículo 123-2(b) de misma ley—. Sin embargo, si una persona o entidad que actuó como intermediario, habiendo sido sancionado civilmente por violación de esta norma, reincide, estará incurriendo en un delito penal —artículo 123-2(b), *in fine*—.

En cuanto a los acuerdos altruistas de gestación subrogada, es decir, aquellos en los que no se pacta una compensación económica para la gestante, quedan cubiertos por la prohibición general: son nulos por violar el orden público y, en consecuencia, su cumplimiento no es exigible judicialmente. Aunque no son alcanzados por las normas punitivas, si un contrato de gestación por sustitución fuera celebrado en el estado de Nueva York, la gestante sería considerada como la madre legal del niño —artículo 124-1 de la Ley de Relaciones Domésticas—.

Este marco legal no impide que en la realidad sigan presentándose casos de gestación por sustitución altruista. Las partes saben que no podrán recurrir a los tribunales para solicitar el cumplimiento forzoso de las prestaciones que les son debidas. De todos modos, “celebran «memorandos de entendimiento» que, aunque inejecutables, ayudan a las partes a comprender la posición de la otra en temas importantes como el aborto...”⁵³

3. Arizona

Arizona es un estado de aquellos en los que se puede decir que hay que proceder con precaución, ya que se practica la gestación por sustitución, pero existen obstáculos legales o los resultados pueden ser inconsistentes.

La gestación por sustitución está prohibida por ley; pero no hay sanción penal⁵⁴ para quien de una manera u otra —como parte o como interme-

⁵³ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, p. 8, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.

⁵⁴ *Ibidem*, p. 12.

diario— participe en ella. El artículo 25-218 de los Estatutos Revisados de Arizona (Arizona Revised Statutes)⁵⁵ establece que “Ninguna persona puede celebrar, inducir, arreglar, procurar o de otro modo asistir en la celebración de un contrato de filiación subrogada”. También se señala que la gestante es la madre legal del niño y que tiene derecho a la custodia. Además, si ella está casada, se presume que su cónyuge es el padre del niño; pero esta presunción admite prueba en contrario. Justamente así fue establecida la paternidad de un padre intencional hombre en un caso —*Soos vs. Corte Superior del Condado de Maricopa*—,⁵⁶ en el que la norma en cuestión fue declarada inconstitucional por afectar los derechos de la madre intencional genéticamente vinculada con los trillizos paridos por la gestante, al no permitirle rebatir la presunción de que esta última es la madre legal.

Aunque los contratos de gestación subrogada no son exigibles, esta práctica continúa llevándose a cabo en Arizona. Incluso, a pesar de esta situación, es común que los tribunales otorguen órdenes parentales previas al nacimiento del niño, declarando a los padres intencionales como padres legales.⁵⁷

4. Indiana

En Indiana, la madre legal de un niño es quien ha dado a luz. Según su Código,⁵⁸ los contratos de subrogación no son válidos y no es posible ejecutarlos. En efecto, su artículo 20, 1-1, establece lo siguiente:

La asamblea general declara que va en contra del orden público ejecutar cualquier cláusula de un acuerdo de subrogación que requiera que la gestante lleve a cabo alguna de las siguientes conductas:

- 1) Proveer un gameto para concebir un niño.
- 2) Embarazarse.
- 3) Consentir que se le realice, o realizarse un aborto.
- 4) Someterse a tratamiento o examen médico o psicológico.
- 5) Usar una sustancia o realizar una actividad sólo según los requerimientos de otra persona.

⁵⁵ Arizona Revised Statutes, title 25. Marital and domestic relations, disponible en: <https://codes.findlaw.com/az/title-25-marital-and-domestic-relations/az-rev-st-sect-25-218.html>.

⁵⁶ *Soos vs. Super. Ct. Cty. of Maricopa*, 897 P.2d 1356 (Ariz. Ct. App. 1994), disponible en: <https://www.legaleagle.com/decision/1994652182ariz4701574>.

⁵⁷ Cornell Law School. International Human Rights Policy Advocacy Clinic y National Law University, Delhi, *op. cit.*, p. 12.

⁵⁸ Código de Indiana, título 31. Derecho familiar y juvenil, artículo 20 sobre reproducción humana, disponible en: <https://codes.findlaw.com/in/title-31-family-law-and-juvenile-law/#:tid=N7DEE939080A811DB8132CD13D2280436>.

- 6) Renunciar a los derechos o deberes de responsabilidad parental con respecto a un niño.
- 7) Terminar el cuidado, la custodia o el control de un niño.
- 8) Consentir una adopción por parte de la pareja de otro progenitor (*stepparent adoption*) bajo el Código de Indiana, Título 31, artículo 19.

El Código de Indiana dispone expresamente que los acuerdos de gestación subrogada celebrados después del 14 de marzo de 1988 son nulos;⁵⁹ pero no les atribuye sanción penal alguna.

A pesar de la imposibilidad de exigir el cumplimiento coactivo de tales contratos, es un hecho que la gestación subrogada se produce y continúa produciéndose en Indiana.

Además, algunos tribunales otorgan órdenes previas al nacimiento que establecen que los padres intencionales son los padres legales y, cuando esto sucede, los hospitales deben atender dichas resoluciones.⁶⁰ No obstante, se debe tener en cuenta que la jurisprudencia⁶¹ ha limitado la posibilidad de obtener órdenes parentales previas al nacimiento, cuando uno de los padres intencionales no tiene un vínculo genético con el niño.

IX. CONCLUSIONES

En este capítulo dedicado a aquellos Estados cuya legislación prohíbe la gestación subrogada, se advierte que los países en cuestión tienden a convertirse en Estados de origen del denominado “turismo reproductivo” y que, por consiguiente, allí se producen situaciones que caen en el ámbito del derecho internacional privado.⁶²

El derecho internacional privado está destinado a regular situaciones que están en la órbita de diferentes ordenamientos jurídicos, buscando una solución afín a los principios esenciales de los Estados cuyos tribunales intervienen o ante los cuales se aspira obtener el reconocimiento. En conexión con lo anterior se presenta la cuestión del orden público internacional, que tiene una connotación importante en materia de la gestación por sustitución

⁵⁹ *Ibidem*, artículo 20, 1-2.

⁶⁰ James, Alyssa, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, *Indiana Health Law Review*, vol. 10, 2013, p. 209.

⁶¹ Court of Appeals of Indiana, “In the Matter of the Paternity and Maternity of Infant T.”, núm. 67A05-1301-JP-36, 11 de julio de 2013, disponible en: <http://www.in.gov/judiciary/opinions/pdf/07111303ewn.pdf>.

⁶² Véase el capítulo cuarto de esta obra.

y se vincula con todo aquello que pudiera afectar el interés superior del niño. De tal manera, se considera que, con ciertas salvaguardas mínimas, se debe tender al reconocimiento de validez de las situaciones creadas en otros países, donde son perfectamente legales.

La prohibición legislativa de la gestación por sustitución, en algunos de los Estados contemplados en este capítulo, se encuentra reforzada con la criminalización de la intervención en esta práctica. Según la jurisdicción de la que se trate, la sanción penal puede alcanzar tanto a las partes como a los intermediarios que de cualquier modo asistan en la celebración de acuerdos de gestación subrogada. Sin embargo, a pesar de la prohibición interna de la figura en ciertos Estados y de la reacción inicial de rechazo a toda gestación por sustitución llevada a cabo en el extranjero por parte de padres intencionales domiciliados en el Estado receptor, actualmente se va delineando una tendencia a aceptar los efectos de la filiación establecida en el exterior, sobre todo cuando uno de los padres intencionales tiene un vínculo genético con el niño. En este sentido, en algunas ocasiones se ha decidido que el orden público internacional del Estado receptor no se ve vulnerado por reconocer tal filiación, y en otras, aunque dicho orden público pudiera verse afectado, debe darse preferencia a la solución que, en el caso concreto, favorezca el interés superior del niño. Esto último implica que el orden público internacional se invoque de manera restrictiva para ser tolerante con las nuevas y diferentes situaciones, ser respetuoso del interés superior del niño y mantener la continuidad de la filiación del niño más allá de las fronteras del Estado de nacimiento.

X. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 2, 2017, disponible en: http://www.academia.edu/32768784/Gestaci%C3%B3n_por_sustituci%C3%B3n_y_orden_p%C3%ABlico.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y CARRIZO AGUADO, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaria*, vol. 2014, núm. 2, 2014.

AUSTRIAN BIOETHICS COMMISSION, *Reform of the Reproductive Medicine Act*, 2 de julio de 2012, disponible en: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=51083>.

- BINET, Jean-René, “Quand le recours à une GPA fait obstacle à l’invocation de la vérité biologique”, *La Semaine Juridique*, núm. 41-1040, 8 de octubre de 2018.
- BUSARDÒ, Francesco *et al.*, “The Evolution of Legislations in the Field of Medically Assisted Reproduction and Embryo Stem Cell Research in European Union Members”, *BioMed Research International*, vol. 2014, julio de 2014, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1155/2014/307160>.
- CALVO CARAVACA, Alfonso-Luis y CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, España, vol. 9, núm. 1, 2017, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.
- CAMBONI MILLER, Valeria, “Legal and Ethical Considerations on the Use of Assisted Reproductive Technology in the United States and Italy”, *Digest: National Italian American Bar Association Law Journal*, vol. 24, 2016.
- CARBONE, June y MILLER, Christina O., “Surrogacy Professionalism”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, vol. 31, núm. 1, 2018.
- COMITÉ CONSULTATIF NATIONAL D’ÉTHIQUE POUR LES SCIENCES DE LA VIE ET DE LA SANTÉ, “Problèmes éthiques soulevés par la gestation pour autrui (GPA)”, Avis No. 110, 1o. de abril de 2010, disponible en: https://www.ccne-ethique.fr/sites/default/files/publications/avis_110.pdf.
- COMITÉ DE BIOÉTICA DE ESPAÑA, *Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada*, 16 de mayo de 2017, disponible en: http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf.
- CORN, Emanuele, “La reproducción asistida en Italia. Presente y futuro después de la derogación de la prohibición de la fecundación heteróloga”, *Revista de Bioética y Derecho*, España, núm. 35, noviembre de 2015, disponible en: <http://revistes.uib.edu/index.php/RBD/article/view/14278/17544>.
- CORNELL LAW SCHOOL. INTERNATIONAL HUMAN RIGHTS POLICY ADVOCACY CLINIC y NATIONAL LAW UNIVERSITY, DELHI, *Should Compensated Surrogacy Be Permitted or Prohibited?*, 2017, Cornell Law Faculty Publications, núm. 1551, disponible en: <http://scholarship.law.cornell.edu/facpub/1551>.
- EMAKUNDE, *¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final*, abril de 2018, disponible en: emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORME_COMPLETO_2018.pdf.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Begoña, “No inscripción en el Registro Civil español de los menores nacidos mediante gestación por sustitución”, *El Notario del siglo*

- XXI, núm. 54, marzo-abril de 2014, disponible en: <http://www.elnotario.es/hemeroteca/revista-54/3717-no-inscripcion-en-el-registro-civil-espanol-de-los-menos-nacidos-mediante-gestacion-por-sustitucion>.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GOUTTENOIR, Adeline, “Le statut sur mesure des enfants nés de GPA à l'étranger”, *La Semaine Juridique*, núm. 39-984, 25 de septiembre de 2017.
- GOUTTENOIR, Adeline, “Session de rattrapage pour la gestation pour autrui étrangère”, *La Semaine Juridique*, núm. 13-344, 26 de marzo de 2018.
- “GPA à l'étranger: la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, *Libération*, 19 de septiembre de 2018, disponible en: www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812.
- GRIESSLER, Erich y HAGER, Mariella, “Changing Direction: The Struggle of Regulating Assisted Reproductive Technology in Austria”, *Reproductive Biomedicine and Society Online Journal*, vol. 3, diciembre de 2016, disponible en: <https://doi.org/10.1016/j.rbms.2016.12.005>.
- HUTCHINSON, Anne-Marie *et al.*, “International Surrogacy Arrangements between California and England and Wales”, *Family Law*, vol. 41, núm. 10, octubre de 2011.
- IGAREDA, Noelia, “La gestación por sustitución: una oportunidad para repensar la filiación y la reproducción humana”, *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 44, noviembre de 2018, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/RBD/article/view/20574/24133>.
- JAMES, Alyssa, “Gestational Surrogacy Agreements: Why Indiana Should Honor Them and What Physicians Should Know Until They Do”, *Indiana Health Law Review*, vol. 10, 2013.
- LAGARDE, Paul, “Cour de Cassation (1ère Ch. Civ.) 17 décembre 2008”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 98, núm. 2, 2009.
- LAMM, Eleonora, “Gestación por sustitución”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, vol. 3, 2012, disponible en: http://www.indret.com/pdf/90_9_es.pdf.
- LURGER, Brigitta, “The Austrian Choice of Law Rules in Cases of Surrogate Motherhood Abroad – The Best Interest of the Child between Recognition, European Human Rights and the Austrian Prohibition of Surrogate Motherhood”, *Praxis des Internationalen Privat – und Verfahrensrechts*, núm. 3, 2013, disponible en: <http://www.iprax.de/en/contents/earlier-issues/2013-Issue-03.php>.

- NEW YORK TASK FORCE ON LIFE AND THE LAW, *Surrogate Parenting: Analysis and Recommendations for Public Policy*, Nueva York, 1988, disponible en: https://www.health.ny.gov/regulations/task_force/reports_publications/docs/surrogate_parenting.pdf.
- REQUENA AGUILAR, Ana, “¿Por qué hay 30 familias bloqueadas en Ucrania y qué dice la ley española sobre la gestación por sustitución?”, *Eldiario.es*, 29 de agosto de 2018, disponible en: https://www.eldiario.es/sociedad/familias-atrapadas-Ucrania-gestacion-sustitucion_0_808769481.html.
- ROMEO CASABONA, Carlos María, “Las múltiples caras de la maternidad subrogada: ¿aceptamos el caos jurídico actual o buscamos una solución?”, *Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, vol. 10, núm. 28, septiembre de 2018, disponible en: <https://www.dilemata.net/revista/index.php/dilemata/article/view/412000251/608>.
- RUBIO TORRANO, Enrique, “Inscripción como hijos de un matrimonio de varones nacidos mediante la gestación por sustitución”, *Aranzadi Civil. Revista Doctrinal*, núm. 9, 2011.
- “Same-Sex Couple Given Parental Rights to Surrogate Child”, *Swiss Info Channel*, 26 de agosto de 2014, disponible en: <https://www.swissinfo.ch/eng/legal-exception-same-sex-couple-given-parental-rights-to-surrogate-child/40574218>.
- THE CENTER FOR BIOETHICS AND CULTURE, “State-by-State Surrogacy Summary”, 2012-2018, disponible en: http://www.cbc-network.org/wp-content/uploads/2012/08/State-by-State_Surrogacy_Sum_CBC.pdf.
- WELLS-GRECO, Michael, “Switzerland, Inter-Country Surrogacy and Public Policy”, *BioNews*, núm. 805, 8 de junio de 2015, disponible en: https://www.bionews.org.uk/page_95070.
- ZUIL, María, “Nueva pesadilla en Kiev: otras 30 familias españolas atrapadas con sus bebés”, *El Confidencial*, 29 de marzo de 2019, disponible en: https://www.elconfidencial.com/espana/2019-03-29/ucrania-vientre-alquiler-gestacion-pasaporte-colapso_1910646/.

CAPÍTULO NOVENO

ESTADOS CUYA LEGISLACIÓN GUARDA SILENCIO ACERCA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Federico Pablo NOTRICA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Estados latinoamericanos.* III. *Algunos estados de los Estados Unidos de América.* IV. *Conclusiones.* V. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

La gestación por sustitución es una práctica que se ha desarrollado vigorosamente en todo el mundo, con distintas conceptualizaciones, modalidades, matices y regulaciones. El derecho comparado muestra esa diversidad: en algunos casos se ha prohibido dicho procedimiento; en otros se le ha admitido, regulándolo de manera favorable, aunque con diferentes alcances, sobre todo con respecto a la posibilidad de que tenga carácter oneroso o únicamente altruista.

Asimismo, en algunos otros Estados, la legislación guarda silencio acerca de la gestación por sustitución. Pero, aun sin ley, los tribunales tuvieron o pueden empezar a dar respuestas a la gestación por sustitución como parte de las actividades que, en materia reproductiva, actualmente llevan a cabo algunos integrantes de la población que buscan alternativas para poder procrear. De este modo, a través de la jurisprudencia se ha comenzado o es posible que se comience a hacer camino frente a una realidad en constante evolución. En este capítulo se presentará un panorama de la gestación por sustitución en Estados que se ubican en este último grupo. Se abordará la situación en algunos países latinoamericanos y, posteriormente, en algunos estados de los Estados Unidos de América. La selección efectuada tiene un carácter ejemplificativo —no exhaustivo— y debe tomarse en consideración la posibilidad de que algún país cuya ley hoy no cuenta con disposiciones específicas para la gestación por sustitución, en un futuro más o menos cercano, decida legislar al respecto.

II. ESTADOS LATINOAMERICANOS

En esta sección se estudiará la situación de la gestación por sustitución en varios países latinoamericanos. Se trata de los siguientes: Argentina, Brasil, Colombia, Chile y Perú.

1. *Argentina*

En Argentina hubo un intento de regulación de la gestación por sustitución al momento de elaborarse el proyecto de reforma y unificación de los códigos Civil y Comercial, redactado en 2012 y sancionado, finalmente, sin el artículo que prescribía esta figura, en 2014, y que entró en vigor a partir del 1o. de agosto de 2015.¹

Dicha norma proyectada decía lo siguiente:

Gestación por sustitución: El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial.

El juez debe homologar sólo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

- a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;
- b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;
- c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;
- d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;
- e) la gestante no ha aportado sus gametos;
- f) la gestante no ha recibido retribución;
- g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos veces;
- h) la gestante ha dado a luz, al menos, un hijo propio.

Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza.²

¹ Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994, *Boletín Oficial de la República Argentina*, núm. 32985, 8 de octubre de 2014, disponible en: <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm>.

² Este artículo fue incluido en el Anteproyecto de Reforma de Código Civil y Comercial de la Nación Unificado en su artículo 562, pero finalmente fue suprimido en la versión

Como se adelantó, el dictamen de la Comisión Bicameral Parlamentaria³ quitó esta norma del texto definitivo del Código y, para ello, se sostuvo lo siguiente:

Se suprime la gestación por sustitución por los motivos que se explican a continuación. En su reemplazo se propone el desdoblamiento del texto del artículo 563 de manera que el primer párrafo pasa a ser el nuevo artículo 562 y el segundo párrafo queda como texto del nuevo artículo 563. La gestación por sustitución es la figura jurídica dentro del Libro Segundo sobre Relaciones de familia que más voces encontradas ha generado. Sucede que es un proceso especial de técnicas de reproducción asistida que compromete a tres personas y no a dos, para alcanzar la maternidad/paternidad. Es decir, una tercera persona con quien no se tendrá vínculo filial alguno. La especialidad y mayor complejidad de esta técnica de reproducción humana deriva del propio texto legal proyectado, siendo este tipo de práctica médica la única que involucraba un proceso judicial previo con la previsión de cumplir varios elementos o requisitos para la viabilidad de la acción judicial. En este sentido, la gestación por sustitución encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que ameritarían un debate más profundo de carácter interdisciplinario. En este contexto de incertidumbre y cuasi silencio legal en el Derecho Comparado, se propone de manera precautoria, eliminar la gestación por sustitución del Proyecto de reforma.⁴

Sin perjuicio de lo anterior, existen actualmente seis proyectos presentados ante la Cámara de Diputados⁵ y uno más se encuentra en la de Sena-

definitiva para su aprobación. Véase el Anteproyecto en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/texto-proyecto-de-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion.pdf>.

³ Comisión Bicameral para la Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, “Dictamen de Comisión”, 2013, disponible en: <http://www.cabb.org.ar/noticias/proye.pdf>.

⁴ *Idem*.

⁵ Proyecto de Ley de regulación de la técnica de gestación solidaria (régimen), Expediente núm. 5700-D-2016, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5700-D-2016&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Gestación por sustitución” (régimen), Expediente núm. 5759-D-2016, disponible en: <https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5759-D-2016&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Código Civil y Comercial de la Nación” (modificación), sobre filiación y voluntad procreacional, Expediente núm. 3202-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3202-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Gestación por sustitución” (régimen), modificación del Código Penal y de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Expediente núm. 3765-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=3765-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Regulación de la gestación por sustitución como técnica de reproducción médicamente asistida” (régimen), modificación de la Ley 26862, sobre técnicas de reproducción humana asistida, y del Código Civil y Comercial de la Nación, Expediente núm.

dores.⁶ Todos ellos proponen una regulación favorable de la gestación por sustitución: algunos lo hacen mediante una propuesta de modificación al Código Civil y Comercial, y otros lo realizan a través de una ley especial, con pequeñas diferencias en la conceptualización y los requisitos.

Ahora bien, la diferencia sustancial entre ellos reside en si se requiere o no una intervención judicial. Esto se traduce en que algunos de los proyectos estipulan, al igual que la norma proyectada, una autorización judicial previa, mientras que otros lo dejan al libre acuerdo entre las partes interesadas.

Por otro lado, ningún proyecto cataloga de onerosa a la gestación por sustitución, sino que algunos se refieren a que debe ser altruista —independientemente de poder otorgarle a la gestante una “compensación razonable”—, y otros no le dan dicho carácter, pero sí penalizan cuando existe entre las partes intermediación con ánimo lucrativo.

Dicho todo esto, es menester poner de manifiesto la norma que sí se encuentra vigente en el derecho argentino y que, como regla, determina la maternidad en casos de TRHA.

El artículo 562 de la normativa establece:

Voluntad procreacional. Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida *son hijos de quien dio a luz* y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos.⁷

En este sentido, la justicia pronunció —hasta diciembre de 2018— veintinueve sentencias, todas a favor de procedimientos de gestación por sustitución;⁸ por otro lado, existen tres casos más que, si bien tuvieron el mismo

5141-D-2017, disponible en: <http://www.hcdn.gob.ar/proyectos/textoCompleto.jsp?exp=5141-D-2017&tipo=LEY>; Proyecto de Ley “Código Civil y Comercial de la Nación” (modificación), incorporación de la gestación por sustitución, Expediente núm. 0084-D-2018, inédito.

⁶ Proyecto de Ley, Expediente núm. S-825-2018, disponible en: <http://www.senado.gov.ar/parlamentario/comisiones/verExp/825.18/S/PL>.

⁷ Las cursivas le pertenecen al autor.

⁸ Para conocer todos estos casos, véanse: 1) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Laboral Gualeguaychú, “B. M. A. c/ F. C., C. R.”, 14 de abril de 2010, *La Ley online*: AR/JUR/75333/2010, y Juzgado de Familia de Gualeguay, “B. M. A. c/ F. C. C. R. s/ordinario”, 19 de noviembre de 2013, *Microjuris online*: MJ-JU-M-83567-AR|MJJ83567, que modifica de acuerdo con el pronunciamiento de la Cámara mencionada; 2) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 86, “N. N. o DGMB s/inscripción de nacimiento”, 18 de junio de 2013, *Microjuris online*: MJ-DOC-6401-AR|MJD6401; 3) Tribunal de Familia núm. 7 de Rosario, “F. M. L. y otra s/autorización judicial”, 2 de diciembre de 2014, *Abeledo-Perrot on-*

resultado en la instancia de origen, se encuentran a la espera de resolución de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina, por distintas apela-

line: AR/JUR/90178/2014; 4) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 102, “C., F. A. y otro c/ R. S., M. L. s/impugnación de maternidad”, 18 de mayo de 2015, *Abeledo-Perrot online*: AR/JUR/12711/2015; 5) Juzgado Civil núm. 83, “NN O, s/inscripción de nacimiento”, 30 de junio de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-NAC.-CIVIL-83.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>; 6) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “A. V. O., A. C. G. y J. J. F.”, 29 de julio de 2015, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/07/FA.-PCIAL.-PRIMER-JUZ.-FLIA.-MEN DOZA.-Gestaci%C3%B3n-por-sustituci%C3%B3n.pdf>; 7) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “C. M. E. y J. R. M. por inscrip. nacimiento”, Expediente núm. 796/2015, 15 de diciembre de 2015, disponible en: <http://colectivoderechofamilia.com/fa-pcial-juz-flia-no1-mendoza-gestacion-por-sustitucion/>; 8) Juzgado de Familia núm. 9 de San Carlos de Bariloche, “Dato Reservado. Expte. Nro. 10178-14”, 29 de diciembre de 2015, *Infojus*: NV13851, disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/maternidad-subrogada-autorizan-transferencia-embrión-vientre-subrogado-nv13851-2015-12-29/123456789-0abc-158-31ti-lpsedadevon>; 9) Juzgado Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, “H. M. y otro/a s/medidas precautorias (art. 232 del CPCC)”, 30 de diciembre de 2015, *Microjuris online*: MJ-JU-M-97208-AR; 10) Tribunal Colegiado de Familia núm. 5 de Rosario, “S. G. G. y otros s/filiación”, 27 de mayo de 2016, disponible en: <http://maestrosdelderecho.com.ar/jurisprudencia-gestacion-por-sustitucion/>; 11) Juzgado Nacional Civil núm. 7, “A. R., C. y otros c/ C., M. J. s/impugnación de filiación”, 23 de mayo de 2016, inédito; 12) Juzgado Unipersonal de Familia núm. 2 de Moreno, “S. P., B. B. c/ S. P., R. F. s/materia a categorizar”, 4 de julio de 2016, inédito; 13) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 8, “B., B. M. y otro c/ G., Y. A. s/impugnación de filiación”, 20 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www.colectivoderechofamilia.com/fa-nac-juz-nac-civ-no-8-trha-gestacion-por-sustitucion/>; 14) Juzgado de Familia núm. 3 de Gral. San Martín, “M., I. M. y otro s/autorización judicial”, 22 de agosto de 2016, inédito; 15) Juzgado de Familia núm. 12 de Lomas de Zamora, “G. M., C y otro c/ W. B., A. V. s/rectificación de partida”, 3 de octubre de 2016, inédito; 16) Juzgado de Familia núm. 7 de Lomas de Zamora, “B. J. D. y otros s/materia a categorizar”, 30 de noviembre de 2016, inédito; 17) Juzgado de Familia núm. 5 de Viedma, “Reservado s/autorización judicial (f)”, 7 de julio de 2017, inédito; 18) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “M. M. C. y M. G. J. y R. F. N. por medidas autosatisfactivas”, 6 de septiembre de 2017, inédito; 19) Juzgado de Familia núm. 3 de Córdoba, 22 de noviembre de 2017, *Id SAJf*: FA17160015; 20) Tribunal Colegiado núm. 7 de Rosario, “H., M. E. y otros s/venias y dispensas”, 5 de diciembre de 2017, inédito; 21) Juzgado de Familia núm. 1 de Mendoza, “S. M. S.; T. C. J.; B. P. V. por medidas autosatisfactivas”, 15 de febrero de 2018, inédito; 22) Juzgado de Familia núm. 6 de San Isidro, “S., M. J. y otro s/autorización judicial”, 2 de marzo de 2018, inédito; 23) Juzgado de Familia y Menores núm. 2 de la Segunda Circunscripción de San Luis, “V., L. J. y otros s/autorización judicial (familia)”, 5 de marzo de 2018, inédito; 24) Juzgado de Familia de Maipú, Mendoza, “A. G., O. C. E. y A. M. D. p/autorización”, 4 de abril de 2018, inédito; 25) Juzgado de Familia de Córdoba, “A., P. A. y otro – medidas urgentes”, 21 de mayo de 2018, inédito; 26) Juzgado en lo Civil, Comercial y de Familia de 2a. Nominación de la ciudad de Villa María, Córdoba, 8 de junio de 2018, inédito; 27) Juzgado de Familia de 1a. Nominación de Córdoba, 6 de agosto de 2018, *Abeledo-Perrot online*: AR/JUR/39379/2018; 28) Juzgado en lo Civil en Familia y Sucesiones I de San Miguel de Tucumán “P. A. M. y otro s/autorización judicial”, 26 de septiembre de 2018, inédito, y 29) Juzgado en lo Civil, Comercial, Conciliación y Familia de 3a. Nominación de Bell Ville (Córdoba), “D., R. d. V. y otros – solicita homologación”, Expediente núm. 6554133, 6 de diciembre de 2018, *eDial*: AAAF41.

ciones que se han suscitado en aquéllos en particular, en los que la Cámara de Apelaciones entendió en dos casos que la persona que dio o daría a luz sería el/la progenitor/a del niño o niña que nació o nacería, y en el otro asunto siguió la línea de la solución adoptada en la instancia de origen.⁹

Cabe destacar que, en muchos de los casos, la justicia ha declarado como inconstitucional y anticonvencional el referido artículo 562 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro lado, resulta interesante observar que, al no existir legislación sobre la gestación por sustitución, las partes —junto con sus letrados— han intentado diferentes vías y estrategias. Unos se han presentado luego del nacimiento del niño; otros, durante el embarazo, y la mayoría, de manera previa a la transferencia del embrión al cuerpo de la persona gestante.

En los dos primeros grupos se vislumbran diferentes opciones: acciones de impugnación de la maternidad de la mujer que dio a luz, la interposición de una medida autosatisfactiva, acción declarativa de certeza en la que se determine que el niño nacido es hijo de los comitentes y no de la gestante, o bien impedir la inscripción de quien nace hasta que la jurisdicción determine la filiación.

Por último, antes de la implantación del embrión en la gestante, se observa la autorización judicial previa o el pedido de homologación de acuerdo celebrado entre gestante y comitentes.

Respecto de los casos suscitados por argentinos en el extranjero, es decir, familias o personas sin pareja que llevaron a cabo procesos de gestación por sustitución en Estados en donde está regulada dicha práctica, con la entrada en vigor del Código Civil y Comercial, entre las disposiciones de derecho internacional privado se encuentra el artículo 2634, que señala:

Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero. Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

⁹ Éstos son los tres casos: 1) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, 30 de junio de 2016, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 24 de octubre de 2016, que revoca la sentencia anterior, inédito; 2) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 4, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 20 de octubre de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, “S. T., V. s/ inscripción de nacimiento”, 15 de marzo de 2018, que confirma la sentencia anterior, inédito, y 3) Juzgado Nacional en lo Civil núm. 81, “S., I. N. y otro c/ A., C. L. s/ impugnación de filiación”, 14 de junio de 2017, inédito, y Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 30 de octubre de 2018, que la revoca, inédito.

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

Al establecer la norma el reconocimiento de todo emplazamiento filial de acuerdo con el derecho extranjero, la filiación otorgada consecuente del empleo de la gestación por sustitución también es aceptada y reconocida en territorio argentino. Pero al no encontrar una respuesta definitiva sobre este punto, dado que la figura de la gestación por sustitución —como ya se dijo— fue suprimida del ordenamiento jurídico interno, frente a varios casos que se suscitaron en distintos consulados argentinos en el mundo, se solicitó una opinión a la Dirección de Asuntos Jurídicos del Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación.

Ésta estableció en su dictamen lo siguiente:

A criterio de esta Dirección de Asistencia Jurídica, resultaría —de la norma mencionada— la obligatoriedad de reconocer toda filiación constituida de acuerdo al derecho extranjero, en beneficio del interés superior del niño, incluso aquellas filiaciones surgidas de una maternidad subrogada. Ello así, independientemente de que el contrato de maternidad subrogada se encuentre o no regulado por nuestro régimen legal.¹⁰

En definitiva, si un niño o una niña nace en el extranjero, los progenitores argentinos ya no tienen vallas para inscribirlos, al contrario de los que efectúan la práctica en el territorio argentino, que aún no cuentan con una ley que proteja a todos los derechos de los intervinientes. En el “mientras tanto”, la jurisprudencia va ayudando a llenar el vacío legal dejado.

2. *Brasil*

A través de su jurisprudencia, Brasil dio a conocer en 2012 el primer caso en el cual una niña fue inscrita como hija de dos padres —requirentes—, siendo gestada por la prima de uno de ellos, quien actuó de manera altruista y a la que se le transfirió un embrión con el óvulo de una donante

¹⁰ Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto de la Nación, Dictamen 15573/15, 14 de diciembre de 2015.

y el espermatozoide de uno de los progenitores. El juez de la ciudad de Recife autorizó la inscripción de la niña como hija de los requirentes.¹¹

Si bien no tiene una ley específica que regule la gestación por sustitución, en 2015, mediante la Resolución 2121 del Consejo Federal de Medicina,¹² se determinó que la gestación por sustitución sólo podrá llevarse a cabo cuando exista un problema médico por parte de la peticionante que le impida o contraindique que sea ella quien lleve adelante la gestación. Asimismo, se estableció la aplicación para uniones homoafectivas. Por otro lado, se señaló la gratuidad con que debe efectuarse dicha técnica y que la gestante deberá ser pariente, hasta el cuarto grado inclusive, de alguno de los requirentes. Finalmente, se estipuló que las partes no pueden superar los cincuenta años.¹³

El problema que reside en esta situación es que la referida resolución es precisamente una resolución, por lo que no tiene fuerza de ley y el incumplimiento por los médicos genera únicamente sanciones administrativas.

Por último, cabe señalar que no existe norma alguna que determine qué sucede en los casos en que ciudadanos brasileños efectúen un procedimiento de gestación por sustitución en el extranjero, con lo cual el silencio legal abunda en este país.

3. Colombia

El Estado colombiano no cuenta con normas que regulen los procedimientos de gestación por sustitución, y el silencio se extiende también respecto de los procedimientos efectuados en el extranjero por nacionales colombianos, pero sí han tenido un caso en el que la justicia ha autorizado la práctica.

En primer lugar, cabe señalar que el artículo 42-6 de la Constitución colombiana prevé que “los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes”, razón por la cual se puede deducir que los procedimientos de TRHA se encuentran permitidos en dicho Estado.

¹¹ Caso por “processo de indicação de paternidade”, Requirentes: “M. A. A. y W. A. A.”, 28 de febrero de 2012, Juízo de Direito da 1a. Vara de Família e Registro Civil da Comarca do Recife.

¹² Conselho Federal de Medicina (Brasil), Resolução CFM no. 2.121, 16 de julio de 2015, disponible en: <http://bit.ly/1NW9tTQ>.

¹³ Para comprender con mayor exactitud lo establecido en la Resolución 2121/2015, véase Da Silva Gallo, José Hiran y Lettieri Gracindo, Giselle Crosara, “Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder?”, *Revista Bioética*, Brasília, vol. 24, núm. 2, 2016, pp. 250-259, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242125>.

Sin embargo, en el Código Civil, el artículo 335 establece que “La maternidad, esto es, el hecho de ser una mujer la verdadera madre del hijo que pasa por suyo, podrá ser impugnada probándose falso parto, o suplantación del pretendido hijo al verdadero”, cuestión esta que determina que madre es quien da a luz, no pudiendo separar la maternidad de la gestación; es decir, la norma no deja margen para poder establecer que quien gesta puede no ser la madre de quien nace. Ahora bien, podría la justicia determinar que, en los casos de gestación por sustitución, esta norma sería inconstitucional.

En el caso suscitado en el país analizado,¹⁴ en 2009 la Corte Constitucional refiere que la gestación por sustitución es “el acto reproductor que genera el nacimiento de un niño gestado por una mujer sujeta a un pacto o compromiso mediante el cual debe ceder todos los derechos sobre el recién nacido a favor de otra mujer que figurará como madre de éste. En este caso la madre sustituta no aporta sus óvulos”. Todo es analizado desde el punto de vista de la teoría de los contratos, porque ésta es la naturaleza jurídica que la Corte le otorga a la gestación por sustitución.

Además, la Corte Constitucional establece la necesidad de regular la práctica, teniendo en consideración determinados presupuestos que deben estar presentes al momento de la realización del contrato. Entre estos requisitos aparecen los siguientes:

- 1) Que la mujer contratante tenga problemas fisiológicos para concebir.
- 2) Que los gametos que se requirieren para la concepción no sean aportados por la mujer gestante.
- 3) Que la mujer gestante no tenga como móvil un fin lucrativo, sino el de ayudar a otras personas.
- 4) Que la mujer gestante cumpla una serie de requisitos, como mayoría de edad, salud psicofísica, haber tenido hijos, etcétera.
- 5) Que la mujer gestante tenga la obligación de someterse a los exámenes pertinentes antes, durante y después del embarazo, así como a valoraciones psicológicas.
- 6) Que se preserve la identidad de las partes.
- 7) Que la mujer gestante, una vez firmado el consentimiento informado e implantado el material reproductor o gametos, no pueda retractarse de la entrega del menor.
- 8) Que los padres biológicos no podrán rechazar al hijo bajo ninguna circunstancia.

¹⁴ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia T-968/2009, T-2220700, 18 de diciembre de 2009, inédita.

- 9) Que la muerte de los padres biológicos antes del nacimiento no deje desprotegido al menor.
- 10) Que la mujer gestante sólo podría interrumpir el embarazo por prescripción médica.

Dicho esto, y luego de varios años, se presentó en 2016 un proyecto de ley, que aún se encuentra vigente, para prohibir los procedimientos de gestación por sustitución,¹⁵ ya que, según sus autores, ésta es una práctica que se encuentra dentro de la categoría de trata de personas y explotación de las mujeres con fines reproductivos, y enumeran los derechos humanos violados, tanto a la gestante como a los niños nacidos producto de ella.

Al respecto, en los fundamentos del proyecto se expresa que

...la maternidad subrogada con fines lucrativos es una explotación al cuerpo de la mujer y de los menores, pues la misma constituye una objetivación del cuerpo de las mujeres convirtiéndolas en máquinas para hacer bebés que se arriendan y se explotan con el fin de satisfacer a terceros y de otra parte convierte a los niños en mercancía que se encarga, se compra, se vende y se devuelven o se cambian si no satisfacen al cliente.¹⁶

Se agrega además que se llegó a un consenso

...sobre la necesidad de prohibir la mediación económica en la práctica de la maternidad subrogada, pero se debatió sobre cuál debería ser la regulación para los casos de infertilidad o esterilidad en el país. Asimismo, si prohibir esta práctica vulneraría la libertad de la mujer de decidir sobre su cuerpo... Luego de considerar y estudiar los diferentes argumentos, se ha concluido que la mejor manera de impedir el tráfico de menores y la explotación a las mujeres de nuestro país, es adoptar una política de PROHIBICIÓN ABSOLUTA frente a esta práctica.¹⁷

En virtud de lo expuesto, una parte de la doctrina ha puesto en tela de juicio el proyecto, ya que deja muchos vacíos, máxime teniendo en cuenta lo dicho por el máximo tribunal nacional al respecto.

Sentado ello, la doctrina se ha preguntado:

Aunque en el proyecto de ley se hace una clara referencia de que se debe de prohibir la maternidad subrogada al ser una forma de trata de personas, esto

¹⁵ Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, Proyecto de Ley 202 de 2016, 9 de marzo de 2016.

¹⁶ *Idem.*

¹⁷ *Idem.*

por la explotación del cuerpo de la madre sustituta de manera lucrativa, surgen las siguientes interrogantes[:] ¿se está buscando prohibir la maternidad subrogada en general o sólo aquella con fines económicos? ¿Qué pasa con la maternidad subrogada altruista? ¿También se consideraría trata de personas la maternidad subrogada altruista?¹⁸

Finalmente, la Procuraduría General de la Nación fue consultada acerca de la gestación por sustitución en los siguientes términos:

La maternidad subrogada es un tema que actualmente tiene gran controversia en nuestro País al ser un procedimiento que se lleva a la práctica sin tener una regulación legal. Referente al tema sólo existe la sentencia T-968709, la cual expone que aunque la maternidad subrogada en Colombia no está regulada, tampoco está prohibida expresamente. Por lo anteriormente expuesto, elevamos consulta ante ustedes Procuraduría General de la Nación con el objeto de que se nos exponga de manera clara si el procedimiento de la maternidad subrogada en nuestra legislación se considera permitida y es completamente legal y bajo qué instrumentos nos podemos guiar los Colombianos al momento que decidamos someternos a este procedimiento para que nuestros derechos fundamentales no sean vulnerados —tanto los padres contratantes, como la madre que alquila su vientre y el bebé objeto del contrato—. En caso de que ustedes Procuraduría General de la Nación consideren que la práctica de la maternidad subrogada no está permitida en Colombia, solicitamos se nos exponga de manera clara las razones por las cuales lo consideran así. Fundamentamos la anterior petición en el artículo 23 de la CN y en la ley 1755/2015, petición ésta que aún no fue respondida.¹⁹

Cabe resaltar que este proyecto de ley, último intento para una regulación, fue archivado por el vencimiento del plazo para su tratamiento el 21 de junio de 2016; pero, posteriormente, el 26 de julio de ese mismo año fue presentado de nuevo con los mismos argumentos. Éste fue avanzando de acuerdo con distintos debates; no obstante, al final fue archivado el 29 de agosto de 2017.

Existió otro proyecto de ley, muy distinto al anterior, bajo el núm. 056 de 2016, en el que se buscaba regular la gestación por sustitución, pero se archivó el 20 de junio de 2017. Los principales fundamentos que, en el mar-

¹⁸ Cadavid Pulgarin, Karla Mariana y Barrera Correa, Amalia, “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema”, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad CES, 2017, p. 22, disponible en: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf.

¹⁹ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

co de dicho proyecto, sustentaban la permisión de la gestación por sustitución radicaban en:

1) el uso solidario de vientre sólo podrá usarse a fin de sustituir artificialmente la imposibilidad natural de procrear cuando una mujer sufra de esterilidad o cuando haya sido hysterectomizada. 2) Para el uso solidario de vientre debe existir entre la Madre Gestante Sustituta y la Madre Gestante Sustituída un convenio por escrito, mediante el cual la primera se obliga a practicarse con anterioridad al tratamiento los exámenes necesarios para establecer qué enfermedad padece para la prevención del contagio de cualquier virus al futuro niño; 3) someterse a los cuidados médicos indicados por la institución inseminadora; y a cuidarse y alimentarse durante el desarrollo del embarazo. Y que la pareja o madre gestante sustituida deberá asumir los gastos generados por inseminación y gestación. 4) Que en la práctica del uso solidario de vientre está prohibido el carácter lucrativo o comercial. 5) El acuerdo sobre el uso solidario de vientre deberá expresar en forma consciente y libre por parte de la madre gestante sustituida, la aceptación del hijo por nacer como legítimo, y por parte de la madre sustituta la renuncia al mismo y a cualquier clase de impugnación de la maternidad. Adicionalmente, dicho acuerdo deberá contar con un análisis psicológico previo. 6) El uso solidario de vientre sólo podrá ser realizado por mujeres plenamente capaces, siendo solteras, viudas, separadas legalmente de cuerpos, casadas o en unión marital de hecho con el consentimiento de su cónyuge o compañero permanente, que gocen de buena salud y previo estudio del grupo interdisciplinario de la institución inseminadora.²⁰

4. Chile

En el caso de Chile, no existe una ley que regule en forma integral las TRHA, pero cuenta con un solo artículo en el que se refiere al tema, aunque no aborda específicamente la gestación por sustitución.

El artículo 182 del Código Civil señala que el padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de TRHA son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas, agregando en su inciso 2o. que no podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo con la regla precedente ni reclamarse una distinta.

Por lo tanto, la condición de donante de gametos no genera parentesco, y el hombre y la mujer que han consentido en la aplicación de la TRHA no

²⁰ Cámara de Representantes del Congreso de Colombia, Proyecto de Ley 056 de 2016, 27 de julio de 2016, disponible en: <http://leyes.senado.gov.co/proyectos/index.php/proyectos-ley/periodo-legislativo-2014-2018/2016-2017/article/241-por-medio-de-la-cual-se-prohibe-la-maternidad-subrogada-con-fines-de-lucro-en-colombia-y-se-reglamenta-su-practica>.

podrán impugnar su paternidad o su maternidad bajo el pretexto de no ser los padres biológicos.

Sin embargo, si se analizan los fundamentos de la ley, quedó establecido que no era ése el propósito perseguido por la norma, porque existía otra iniciativa legal en trámite, cuya regulación implicaría un pronunciamiento integral respecto de las diversas TRHA, proyecto que no fue sancionado.

En conclusión, la norma mencionada no tiene como fin otorgar validez a las TRHA en cualquier persona o pareja, sino que sólo regula la determinación de la filiación de los niños nacidos en el marco de un procedimiento de fertilidad con gametos donados, y, en estos casos, queda claro que quien actúa en carácter de donante —sea de óvulo o de esperma— no cuenta con una acción para reclamar el vínculo filial con el/la niño/a que nació producto de ella.

Sentada la cuestión normativa, se planteó un caso²¹ en la justicia del país andino, en el que una pareja de personas de diferente sexo había sufrido la pérdida de un embarazo a las veinticuatro semanas de gestación y, posteriormente, una muerte fetal, seguida de una histerectomía que le fue practicada a la señora de la pareja, producto de la cual perdió la capacidad de gestar a los veintiséis años.

Dos años después, ante la imposibilidad de quedar embarazada, la pareja decide concretar su proyecto parental a través de un procedimiento de gestación por sustitución, específicamente mediante la transferencia del embrión conformado con el material genético propio al útero de la madre de ella, quien aceptó actuar como gestante.

Así las cosas, el 27 de noviembre de 2016 nacieron dos niñas, cuya filiación quedó, en principio, determinada por las reglas de la filiación biológica, es decir, aplicando la regla *mater semper certa est*, y del señor miembro de la pareja, quien las reconoció. En los hechos, las niñas, desde el nacimiento, han vivido con la pareja, siendo conocidas socialmente como sus hijas.

En este marco, la señora de la pareja inició una acción de impugnación y reclamación de maternidad de ambas niñas. Por ello, comparecieron al proceso quienes aparecían inscriptos como progenitores de las niñas, manifestando que no se oponían a la acción instaurada.

La jueza interviniente, efectuando un análisis normativo desde una visión constitucional y convencional, se apoyó en dos argumentos: por un lado, en el derecho a procrear y, por el otro, en el derecho a la identidad.

En este sentido, respecto del primero, la jueza sostuvo lo siguiente:

²¹ Segundo Juzgado de Familia de Santiago, RIT C-7246-2017, 8 de enero de 2018, inédito.

Con respecto al derecho a procrear, que fue la facultad que ejerció la demandante, para algunos autores sería una manifestación del derecho a formar una familia, porque la descendencia sería un elemento de la esencia de la misma. Nuestra Constitución no reconoce expresamente este último derecho, sin embargo, varios documentos internacionales sí lo hacen... También hay quienes sostienen que existe el derecho a procrear en nuestro ordenamiento jurídico, el que emanaría del derecho a la vida [,] el cual incluiría el derecho a dar vida. Suponiendo la existencia del derecho a procrear en nuestro sistema jurídico, este correspondería tanto a la mujer con capacidad de gestación como aquella que no tiene capacidad, asimismo correspondería al hombre que tiene capacidad para fecundar, como al que no la tiene, en virtud de los derechos de igualdad y libertad que consagra nuestra Carta Fundamental, así su ejercicio no se vería limitado por las formas de concepción natural, sino que también incluirían las técnicas de reproducción asistida, y dentro de estas, la maternidad gestacional subrogada, habiendo, por tanto, la demandante, ejercido dicho derecho al recurrir junto a su pareja a dicha técnica, atendida su incapacidad biológica de ser madre, y su voluntad de serlo.²²

En cuanto al segundo derecho implicado, la jueza dijo esto:

El otro derecho que está en juego en esta acción es el derecho a la identidad de las niñas... En esta causa han quedado acreditados una serie de hechos que conforman este derecho a la identidad en las dos fases, de las niñas, en una situación que combina tanto la verdad biológica-genética como social: las niñas genéticamente, afectivamente y socialmente son hijas de la demandante: el informe genético fue contundente al establecer la maternidad genética acreditada con respecto a la actora, y exclusión de maternidad con respecto a la demandada; las niñas siempre han vivido con la demandante y es esta quien asume todos sus cuidados y crianza en conjunto con el padre de estas, y además socialmente son reconocidas como hijas de ella, es decir, la verdad biológica y social dan cuenta de este vínculo, que no es más que un vínculo de filiación.²³

Luego del análisis de los derechos en juego, la jueza analizó la figura de la gestación por sustitución desde lo dicho por la doctrina y contraponiéndolo con la cuestión fáctica del caso a decidir.

Al respecto, se sostuvo lo siguiente:

Hay quienes señalan que frente a un contrato de maternidad gestacional subrogada, se debe considerar madre a quien ha gestado y parido al hijo... hay otros que se inclinan por el criterio volitivo, señalando que la intención de en-

²² *Idem.*

²³ *Idem.*

gendar nace de los padres comitentes y que sin esta voluntad no se hubiera celebrado el contrato, ni se hubiera llevado a cabo la aplicación de la maternidad gestacional subrogada... Un tercer criterio es el genético, el cual constituye una alternativa para determinar la maternidad del hijo nacido mediante un contrato de maternidad gestacional subrogada, los autores que defienden esta tesis sostienen que el artículo 182 del Código Civil constituye una aplicación del sistema general de determinación basado en la descendencia genética, ya que, la expresión legal “someterse” que utiliza dicho artículo, estaría haciendo referencia a la persona que aporta el material genético, en este caso sus óvulos, esta última hipótesis ya fue descartada al referirnos a la historia de dicha norma, y al considerar que tampoco procede una interpretación evolutiva, ya que el legislador expresamente en actas señaló que no abordaría dicho supuesto. Con respecto al primer criterio, es evidente que el hecho del parto es normalmente acreditable y brinda la certeza y seguridad necesaria en el derecho de filiación... pero una presunción simplemente legal que en principio admitiría prueba en contrario pues, la regla del parto tiene sentido cuando se condice con la realidad, lo que no ocurre en la maternidad disociada donde resulta insuficiente.²⁴

Asimismo, el fallo afirmó:

Por último, es importante señalar que algunos autores han sostenido que el pacto de maternidad gestacional subrogada sería nulo, atendida la ilicitud del objeto, al versar el pacto sobre el cuerpo humano, transformándolo en un objeto de comercio... Sin embargo, estos argumentos[,] considera este tribunal, sólo tienen asidero en el caso de los pactos onerosos, puesto que, en el caso de los contratos de maternidad gestacional subrogada gratuitos —como este caso— ya no se estaría transformando en “objetos de comercio” el cuerpo de la mujer que gesta a la criatura, ni a las hijas.²⁵

Para resolver favorablemente, se tuvo en cuenta el interés de las niñas nacidas desde el principio del “superior interés del niño” y el derecho que les asiste a crecer y desarrollarse en el seno de su familia. Por ello, se dijo lo siguiente:

El interés superior de las niñas M. J. y M. I. debe ser determinado teniendo en cuenta el derecho a la identidad de las niñas, es decir, de tal manera que el elemento dinámico de su identidad —dado por el ejercicio de la maternidad afectiva y social de la demandante— se vea reflejado en la filiación legal de las niñas, pues solo así se satisface tal derecho a la identidad. Por otra parte,

²⁴ *Idem.*

²⁵ *Idem.*

las niñas tienen derecho a la vida familiar, a preservar sus relaciones familiares, de tal manera que resulta vulneratorio que la ley impida que la filiación legal sea reflejo de la verdadera situación familiar de las niñas y sus padres.²⁶

Por tal motivo, se resolvió acoger las demandas de impugnación y reclamación de maternidad interpuestas y, en consecuencia, declarar a las niñas como hijas de la señora de la pareja y desplazar a la gestante, quien —en la realidad— es la abuela de las niñas.

En este sentido, dable es señalar que encarar un proceso judicial de gestación por sustitución a través de una acción de impugnación de maternidad genera efectos negativos. Por un lado, existe una violación del derecho legal de la filiación y de la identidad, en cuanto el documento nacional de identidad y la partida de nacimiento del niño nacido no se corresponden con su realidad familiar, sino que aparece inscripto como hijo de alguien que efectivamente no es su progenitora, sino que sólo actuó como gestante. Esto vulnera el vínculo filial y se pierde la celeridad en su determinación. Por otro lado, no se permite determinar la filiación respecto de la requirente, sino hasta después de que la sentencia así lo reconoce, y esto genera que, mientras dure el proceso —que podría llevar largos meses o años—, el vínculo sea falso. En conclusión, bajo ningún punto de vista, resulta eficaz y protectorio de los involucrados este tipo de proceso judicial.

5. Perú

En el caso de Perú, que tampoco cuenta con una ley que regule la gestación por sustitución practicada dentro de su territorio ni sobre el reconocimiento de las hechas en el extranjero, se han suscitado dos casos en los cuales la justicia ha dado respuesta favorable a este procedimiento especial de TRHA.

Cabe destacar, en primer lugar, que el artículo 7o. de la LGS establece lo siguiente:

Toda persona tiene derecho a recurrir al tratamiento de su infertilidad, así como a procrear mediante el uso de técnicas de reproducción asistida siempre que la condición de madre genética y madre gestante recaiga sobre la misma persona. Para la aplicación de técnicas de reproducción asistida se requiere el consentimiento previo y por escrito de los padres biológicos. Está prohibida la fecundación de óvulos humanos con fines distintos a la procreación, así como la clonación de seres humanos.

²⁶ *Idem.*

Ahora bien, en el caso resuelto el 6 de enero de 2009,²⁷ la señora X y el señor Y, unidos en matrimonio, deseaban tener hijos; sin embargo, debido a que ella padecía una insuficiencia renal grave e hipertensión arterial, un embarazo pondría en riesgo su vida. Por tal motivo, ellos decidieron recurrir a las técnicas de fecundación *in vitro*, para lo cual utilizaron su propio material genético y contaron con el apoyo de la madre de la señora X (la señora A), quien decidió llevar adelante la gestación de su nieta.

Al nacer la niña D, fue inscrita en la clínica como hija de la señora A y su yerno, el señor Y, padre de la pequeña. Debido a ello, la señora X interpuso una acción de impugnación de la maternidad para que se le reconociera el carácter de madre legal de la niña.

La jueza reconoció la legitimación de la señora X para accionar y ordenó, a fin de determinar “con certeza” la maternidad de la niña, una prueba de ADN, dando resultado positivo a su favor. Entonces, ante los resultados, se estimó que como no existía una prohibición respecto de la gestación por sustitución en la legislación peruana, pero tampoco una regulación expresa, debía recurrirse al principio de reserva y, con mayor razón, cuando, además, la gestación asumida por la madre de la accionante había sido un acto altruista y amoroso. Por ello, cabía definir la filiación biológica a favor de la señora X, dando lugar a la acción.

Por otra parte, el 21 de febrero de 2017, la Corte Superior de Justicia de Lima tuvo que resolver un caso²⁸ cuya plataforma fáctica era la siguiente. El 21 de enero de 2015, el señor N y la señora B contrajeron matrimonio y, ante la reiterada imposibilidad de quedar embarazada la señora B, decidieron recurrir a la gestación por sustitución.

Para ello, se procedió a la fecundación *in vitro*, con el óvulo de una donante anónima, y con el consentimiento de los miembros del matrimonio L-R se transfirieron los únicos dos embriones fecundados al útero de la señora R, suscribiendo los cuatro un acuerdo privado.

El 19 de noviembre de 2015 nacieron los dos niños, quienes fueron inscritos como hijos de la señora R (por ser ella quien los alumbró) y del señor N, dado que se aceptó la declaración de la señora R en el sentido de que el padre no era el señor L, su esposo.

²⁷ Juzgado Especializado de Familia núm. 15, “C. M. S. A. v. L. A. U. O. y otro s/impugnación de maternidad”, 6 de enero de 2009, inédito.

²⁸ Corte Superior de Justicia de Lima, Quinto Juzgado Especializado en lo Constitucional, 21 de febrero de 2017, inédito. La Resolución fue confirmada en cuanto al fondo por la Corte Superior de Justicia de Lima, Tercera Sala Civil, Resolución núm. 3 (Ref. Expte. Sala núm. 01071-2017-0), 28 de junio de 2017, inédito.

Posteriormente, se iniciaron dos procedimientos de rectificación de acta de nacimiento, los cuales fueron denegados. En virtud de ello, los señores N-B, los señores L-R y los niños solicitaron ante la justicia que fuera reconocida la filiación de los primeros respecto de estos últimos.

Los principales argumentos de la sentencia recaen en que, por un lado, no existen razones para que el Estado, actuando a través de este juzgado constitucional, niegue la protección que el ordenamiento convencional reconoce, y aún más si no existe legislación que prohíba expresamente la técnica de reproducción utilizada por los actores. Asimismo, establece, ante la defensa por parte de la demandada, que la gestación por sustitución estaría prohibida por el artículo 7o. ya mencionado, que bajo ningún punto de vista puede realizarse una interpretación *a contrario sensu* del texto citado para concluir que dicha norma proscribe el uso de la gestación por sustitución, sino que lo único que puede afirmarse es que lo que regula es que la madre gestante comparta carga genética con su bebé. Igualmente, agrega que existen motivos constitucionales que imponen descartar la opción de que el mencionado artículo tácitamente proscriba los otros supuestos que no menciona.

Bajo esta premisa, considera inconstitucional o contrario a la presunción de libertad “presumir” limitaciones de derecho, en este caso del derecho a la salud reproductiva, siendo que el artículo 7o. de la LGS ni ninguna otra norma del ordenamiento jurídico nacional imponen limitaciones o prohibiciones expresas para los otros supuestos en los que se aplican las TRHA. Se aseveró que el juzgado debe reconocer que en tales casos es legítimo aplicar esas técnicas mientras no exista una clara y expresa prohibición de celebrar acuerdos de gestación por sustitución o de aplicar las TRHA a supuestos distintos a los previstos en la normativa, entendiéndose que se trata del ejercicio legítimo de los derechos a la salud reproductiva y otros derechos vinculados.

Además de lo antes indicado, se debe tener en cuenta que la señora B, desde un inicio, tuvo voluntad procreacional para tener hijos, a diferencia de la gestante, que tuvo la voluntad de entregar a los niños a la señora B.

También se aprecia en autos que, al momento de dictar la decisión, la señora B tenía a los niños bajo su guarda y que, de hecho, ejerce los cuidados y atributos propios de una auténtica madre —lo que no ocurre con la señora R— le otorga una mejor posición para ser considerada como su madre. Y es que este juzgado no sólo debe tener en cuenta los derechos de los adultos que intervienen en esta causa —los esposos que querían ser padres y no podían, y los esposos que podían ser padres y ayudaron a los primeros—, sino también el interés superior de los niños.

De acuerdo con lo anterior, en este caso no existe conflicto o duda sobre la posición que ocupan la señora B y su esposo frente a los nacidos, por lo

que lo mejor para ellos es que su situación familiar no se vea alterada, criterio que, por lo demás, es el acorde con el sistema convencional de derechos humanos.

En virtud de ello, los miembros de la Corte resolvieron declarar nulas las resoluciones registrales y anular las actas de nacimiento de ambos niños, y ordenar al Registro Civil que emita nuevas partidas de nacimiento donde consten los apellidos materno y paterno (N-B) de quienes tuvieron la voluntad procreacional.

III. ALGUNOS ESTADOS DE LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA

Dadas las peculiaridades del sistema federal estadounidense, cada uno de los estados que integran los Estados Unidos de América tiene regulaciones específicas para diversas cuestiones, entre las cuales aparece la gestación por sustitución. Frente a esta situación, hay variopintas permisiones y restricciones²⁹ dependiendo de cada legislación local, al igual que existen otros estados que hasta ahora han elegido el silencio legal.

La mayoría de los estados de este país guarda silencio frente a los procedimientos de gestación por sustitución. Esta categoría incluye estados que no tienen legislación específica sobre gestación por sustitución,³⁰ pero que, sin embargo, merecen que acerca de ellos se hagan algunas consideraciones.

En primer lugar, en el estado de Maryland, a pesar de la preocupación del tribunal porque los niños nacidos no tengan vínculo materno, se resolvió —apoyándose en la Equal Rights Amendment—³¹ que la mujer que dio a luz no sea considerada su madre.³²

Así fue como, el 18 de diciembre de 2000, el señor Rob. inició un procedimiento de gestación por sustitución, en el que se realizó la transferencia de dos embriones, los cuales fueron creados con material genético del nombrado y de una donante de óvulos, a una mujer gestante. Tras el nacimiento de los niños, el hospital presentó Información de parto a la División de Registros Vitales de Maryland para que emitiera los certificados de nacimiento.

²⁹ Véanse la sección VI del capítulo sexto de este libro, el apartado 3 de la sección III del capítulo séptimo y la sección VIII del capítulo octavo.

³⁰ Por ejemplo, tenemos a Alaska, Alabama, Colorado, Delaware, Idaho, Georgia, Kansas, Kentucky, Minnesota, Maine, Montana, Mississippi, Missouri, Oregon, Oklahoma, Rhode Island, South Dakota, Vermont, Wisconsin, Wyoming.

³¹ Equal Rights Amendment, 1923, disponible en: <https://www.equalrightsamendment.org/>.

³² *Roberto d. B.*, 923 A.2d 115, 124-25 (Md. 2007), disponible en: <https://caselaw.findlaw.com/md-court-of-appeals/1287425.html>.

En estos casos, para que la gestante no figure inscrita como madre, el Registro requiere de una orden judicial. A falta de una, se negó a conceder la solicitud del señor Rob. sobre la omisión de la gestante de los certificados de nacimiento. En consecuencia, el señor Rob. solicitó al Tribunal de Circuito del Condado de Montgomery para que retiraran el nombre de la gestante de los certificados y para que el tribunal autorizara al Registro a expedirla sólo a su nombre, cuestión que también fue peticionada por la mujer gestante.

En primer lugar, fue denegada con base en el mejor interés del niño, traducido éste en el beneficio de tener una madre. Esta sentencia fue apelada y revocada por el Tribunal de Apelaciones de Maryland.

Al respecto, en el fallo se sostuvo que las portadoras gestacionales no necesitan ser listadas como madres en el certificado de nacimiento de los niños y se manifestó que la ley de Maryland puede acomodar un certificado de nacimiento si el niño inscrito no se identifica con la madre. Por último, se estipuló que el “parentesco” de la Sección 4-211 no establece limitaciones en cuanto a qué padre o cuántos padres deben figurar en el acta de nacimiento.

Por su parte, en Wisconsin³³ se establece que un niño que nace tendrá su filiación determinada con quien lo da a luz, excepto que un tribunal establezca otra cosa, es decir, que a través de una decisión judicial podría establecerse vínculos filiales con los progenitores de intención.

En este camino, la Corte Suprema del estado resolvió un caso el 11 de julio de 2013,³⁴ en el que dos matrimonios de personas de distinto sexo acuerdan llevar adelante un procedimiento de gestación por sustitución.

En los hechos, las dos mujeres mantenían una relación de amistad desde la infancia, y una de ellas, luego de sobreponerse a dos etapas de leucemia, había quedado sin posibilidad de llevar un embarazo a término ni poder utilizar sus gametos por los tratamientos altamente invasivos que tuvo que atravesar.

Por tal motivo, su amiga decidió gestar para ellos, acordando las dos parejas que la señora Mo. proporcionaría tanto el óvulo como el útero para el embarazo. La señora Ma. expresó su preocupación por el hecho de que a la señora Mo. le resultaría difícil renunciar a su hijo biológico, pero le aseguraron que podría hacerlo; después de todo, la señora Mo. y su marido ya habían tenido cinco hijos y, como ya no deseaban más, el señor C se había sometido a una vasectomía.

³³ Wis. Stat. Ann., sec. 69.14, disponible en: <https://docs.legis.wisconsin.gov/statutes/statutes/69/I/14>.

³⁴ Wisconsin Supreme Court, *Paternity of F. T. R., Rosecky v. Schissel*, 11 de julio de 2013, disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/wisconsin/>.

El acuerdo de gestación por sustitución efectuado por las partes fue inusual en dos aspectos: por un lado, hicieron una llamada “gestación tradicional”, ya que la señora Mo. aportaría también su material genético, y, por otro, había sido de manera gratuita y altruista.

Sin embargo, poco tiempo antes del nacimiento, la señora Mo. manifestó su intención de renunciar al contrato, ya que quería ser la madre del niño que nacería.

Desde el nacimiento, y ya habiendo pasado tres años y medio de ese momento —fecha en que toca a la justicia resolver el conflicto—, el niño residía y era criado por la familia de la señora Ma. —los comitentes—, y la señora Mo. y su marido tenían horarios de visita.

Para resolver la cuestión, la Corte de Wisconsin tuvo en especial consideración si el acuerdo era exigible o no. Por ello, dicho tribunal sostuvo que este contrato era como cualquier otro, con la única diferencia de que, además de la necesidad de cumplir con los otros requisitos para un contrato válido, no se puede hacer cumplir un acuerdo de subrogación si es contrario al interés superior del niño.

Para resolver favorablemente a la ejecutabilidad del contrato, esta corte procedió a aplicar un análisis de contrato ordinario al acuerdo de paternidad. En este sentido, dicho órgano judicial sostuvo que la señora Mo. se ofreció a servir a un sustituto, la familia comitente aceptó su oferta y, por ello, hubo lo denominado “consideración”; pero aquí el tribunal no dice cuál sería la consideración.

Es que, en Estados Unidos de América, en la mayoría de los acuerdos de subrogación, la consideración es el intercambio de dinero dado por el embarazo y el bebé, cuestión que no estuvo presente aquí, ya que —como se dijo— el acuerdo fue altruista.

Por último, un caso interesante de gestación por sustitución se suscitó en el estado de Connecticut. Una pareja de personas de distinto sexo, ambas de nacionalidad venezolana, hizo un acuerdo con otra pareja, oriunda del mencionado estado, para que la señora estadounidense gestara un embrión con el material genético de la pareja sudamericana y que luego el niño fuera considerado hijo de esta última. El Superior Tribunal estatal³⁵ reconoció el acuerdo de gestación por sustitución, otorgándose el certificado de nacimiento a favor de los padres intencionales. Al respecto, el tribunal sostuvo que ninguna de las dos parejas ni el Departamento de Salud estatal ni el hospital se habían opuesto a ello y que, además, muchos otros acuerdos en este sentido habían sido cumplidos y respetados en el estado.

³⁵ *De Bernardo v. Gregory*, No. FA074007658S, 2007 WL 4357736, at *1 (Conn. Super. CT., Nov. 7, 2007).

Finalmente, cabe señalar que, en julio de 2017, la Comisión de Derecho Uniforme aprobó una nueva versión de la Parentage Act, que proporciona a los estados un marco legal uniforme para establecer relaciones entre progenitores e hijos/as, teniendo en cuenta la aprobación a nivel federal de contraer matrimonio por personas del mismo sexo, así como de otras que permiten cambios de identidad de género.

En este sentido, la Parentage Act tuvo en consideración esos cambios y modificó su texto en pos de guardar una coherencia legal en el seno de las familias con respecto a las relaciones jurídicas entre sus integrantes.

Tan fuerte fue su impacto que los estados han comenzado a modificar sus normativas locales, dejando atrás —inclusive— sentencias judiciales que iban a contrapelo de estas nociones.

A modo de ejemplo, la justicia del estado de Vermont,³⁶ con argumentos sumamente discriminatorios, se había pronunciado favorablemente en un caso de gestación por sustitución, pero alegando que el matrimonio, si sólo fuera entre personas de distinto sexo, haría que dicho procedimiento tenga menos complicaciones, dejando entrever aquí que los casos de parejas del mismo sexo quedarían excluidos para llevar adelante una gestación por sustitución.

Ahora bien, luego de muchos años y del impacto de la normativa federal, el estado ha dictado su Parentage Act en 2018,³⁷ en uniformidad de criterios con aquélla.

IV. CONCLUSIONES

En todos los países analizados en este capítulo, la fuerza de la realidad ha movido y mueve el eje de las discusiones, y la legislación proyectada y los fallos jurisprudenciales vendrían marcando un rumbo al colocar sobre el escenario, de manera elocuente, los conflictos que tienen las personas cuando se trata de formar una familia a través de este procedimiento que va en crecimiento.

Es cierto que la problemática se irá profundizando y se tornará aún más compleja en los Estados donde no se regula la gestación por sustitución. Por ello, más allá de los proyectos de ley existentes en la actualidad elevados para su debate y tratamiento en unos, y de los malabares de la justicia en otros, se puede concluir que, independientemente de los aciertos y desaciertos en el

³⁶ Vt. Stat. Ann., tit. 15A, sec. 1-102(b) (2009); *Baker v. State*, 170 Vt. 194 (Vt. 1999), disponible en: <http://www.qrd.org/qrd/usa/legal/vermont/baker-v-state>.

³⁷ Parentage Act of Vermont, 2018, disponible en: <https://www.creativefamilyconnections.com/us-surrogacy-law-map/vermont/>.

abordaje teórico y práctico de los distintos aspectos que involucran la gestación por sustitución, es destacable y esperanzador que se bregue por avances en materia legislativa, porque, en definitiva, se traducen en conquistas en términos de derechos, que ayudan a combatir los prejuicios y las discriminaciones y acercan a escenarios de mayor igualdad, en los que se protege a aquellas personas que recurren a esta técnica.

Por este camino en construcción, sinuoso si lo es, se debe avanzar, procurando siempre generar opciones reales y favorables para que el camino sea recto y con cartel de “llegada”.

V. BIBLIOGRAFÍA

CADAVID PULGARIN, Karla Mariana y BARRERA CORREA, Amalia, “Maternidad subrogada en el sistema jurídico colombiano y principales aportes internacionales al tema”, Medellín, Facultad de Derecho de la Universidad CES, 2017, disponible en: http://bdigital.ces.edu.co:8080/repositorio/bitstream/10946/4455/2/Maternidad_subrogada.pdf.

DA SILVA GALLO, José Hiran y LETTIERI GRACINDO, Giselle Crosara, “Reprodução assistida, direito de todos. E o registro do filho, como proceder?”, *Revista Bioética*, Brasília, vol. 24, núm. 2, 2016, disponible en: <http://dx.doi.org/10.1590/1983-80422016242125>.

CAPÍTULO DÉCIMO

JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El acceso al TEDH y el derecho a la protección de la vida privada y familiar*. III. *Menesson c. Francia y Labassée c. Francia*. IV. *D. y otros c. Bélgica*. V. *Paradiso y Campanelli c. Italia*. VI. *Repercusiones y valoración*. VII. *La opinión consultiva*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia del TEDH ha ejercido y ejerce una gran influencia sobre la evolución del derecho de familia en Europa.¹ En el caso de la gestación por sustitución, dicha influencia se proyecta esencialmente sobre el derecho internacional privado de familia.² Habida cuenta de que, por lo general, la gestación por sustitución comercial no está permitida en los Estados miembro del Consejo de Europa,³ los supuestos típicos son aquellos en los que se solicita el reconocimiento de una relación de filiación establecida en un Estado en el que dicha práctica se admite. Ante la negativa al reconocimiento por el Estado requerido, se alega que se produce una infracción de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.

¹ Büchler, Andrea, “The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and Family”, en Büchler, Andrea y Keller, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 29-60.

² No se ha planteado todavía ningún caso frente al TEDH que tuviera por objeto una gestación por sustitución en la que no concurriera un elemento internacional.

³ Con la excepción de Rusia y Ucrania. Véase al respecto el capítulo sexto de esta obra.

El debate en torno a la gestación por sustitución es muy enconado en Europa. Es frecuente que la jurisprudencia del TEDH se utilice partidariamente. En ocasiones, se le fuerza, queriéndole hacer decir más de lo que dice y de lo que, en realidad, puede decir. Los pronunciamientos del TEDH se producen al hilo de un caso concreto y no cabe esperar de ellos un pronunciamiento a favor o en contra de la maternidad subrogada. Tampoco se puede deducir de los mismos, como se verá, una obligación general de reconocimiento de las relaciones de filiación establecidas en el extranjero en virtud de un contrato de gestación por sustitución.

En este tema, como en muchos otros, el Tribunal otorga a los Estados un margen de apreciación, que salvaguarda su tradición, su contexto social y las distintas opciones políticas inherentes a una sociedad democrática. Dicho margen de apreciación se restringe cuando están en juego elementos fundamentales de los derechos protegidos o si existe un consenso europeo sobre una determinada cuestión.⁴

En un tema tan controvertido como la reproducción asistida, el margen de apreciación tenderá a ser amplio.⁵ Habida cuenta del carácter dinámico de la jurisprudencia del TEDH, dicho margen de apreciación está, no obstante, sujeto a variación y podría restringirse de cristalizarse en el futuro un consenso europeo en esta materia.⁶ Con relación a la gestación por sustitución, el TEDH está lejos de haber dicho su última palabra.

Antes de proseguir, quisiera advertir que esta contribución persigue entender al Tribunal en sus propios términos. El papel del Tribunal consiste únicamente, y no es poco, en fijar los límites que el orden público europeo establece respecto a la acción estatal. Dentro de los márgenes establecidos por el TEDH, caben distintas respuestas jurídicas, cuyo análisis no es objeto del presente trabajo.

II. EL ACCESO AL TEDH Y EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE LA VIDA PRIVADA Y FAMILIAR

El sistema de garantía de los derechos fundamentales protegidos en el CEDH se caracteriza por conferir legitimación activa para acceder al TEDH a quie-

⁴ Sobre el margen de apreciación con carácter general y con relación al derecho a la vida privada y familiar, véase Keller, Helen, "Article 8 in the System of the Convention", en Büchler, Andrea y Keller, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016, pp. 6-13.

⁵ Büchler, Andrea, *op. cit.*, p. 43.

⁶ Keller, Helen, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

nes se consideren víctimas de una violación de derechos fundamentales.⁷ La jurisdicción del Tribunal no es facultativa y no puede, por consiguiente, excluirse en ningún caso.

La competencia del TEDH está, no obstante, limitada *rationae materiae*, pues ha de alegarse la violación de alguno de los derechos protegidos convencionalmente, y *rationae loci*, pues se exige que la presunta violación de los derechos fundamentales se haya cometido bajo la jurisdicción de los Estados parte del Convenio. El acceso al TEDH se somete, además, a una serie de requisitos, entre los que destaca el agotamiento de los recursos internos. Como regla es necesario, por tanto, haber planteado la supuesta infracción en todas las instancias nacionales disponibles, tanto ordinarias como, en su caso, constitucionales.⁸ La intervención del TEDH es subsidiaria y se produce únicamente en defecto de una tutela nacional que dé satisfacción a las presuntas víctimas.

La relación entre las instancias nacionales y el TEDH puede concepirse en términos de diálogo o cooperación.⁹ Las sentencias del TEDH no tienen fuerza ejecutiva directa, sino que han de ser ejecutadas por los órganos jurisdiccionales del Estado contratante condenado; no obstante, vinculan a todos los tribunales estatales de los Estados contratantes. La jurisprudencia del TEDH es, por tanto, un elemento sustancial en la configuración de un orden público europeo en materia de protección de los derechos fundamentales. Ese orden público marca los límites externos a la acción estatal.

El precepto cuya vulneración suele argüirse con relación al reconocimiento de las relaciones de filiación surgidas de un contrato de gestación por sustitución es el artículo 8o. del CEDH. En él se dispone que toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar.

⁷ Según establece el artículo 34 del CEDH, el Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares que se considere víctima. Sobre el concepto de víctima, véase Otaegui Aizpurua, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 106-111.

⁸ Sobre el sistema europeo de protección de los derechos fundamentales, véase Alija, Rosa Ana y Bonet, Jordi, “La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones”, en Olasolo, Héctor *et al.* (coords.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 317-347.

⁹ Sobre los diálogos judiciales y el derecho internacional privado europeo, véase González Beilfuss, Cristina, “Diálogos verticales y horizontales en el derecho internacional privado europeo”, en Martín y Pérez de Nanclares, José (dir.) y González Herrera, Daniel (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.

La protección de la vida familiar presupone la existencia de una familia. A estos efectos ha de destacarse que la familia que se protege no es sólo la familia legalmente reconocida, sino también la unidad familiar de hecho.¹⁰ Por lo que respecta a la vida privada, comprende varios aspectos, entre los que destacaría, a efectos de la presente obra, el derecho de la persona a la identidad.¹¹

La protección de la vida privada y familiar ha sido interpretada por el Tribunal de forma que derivan para el Estado obligaciones negativas —de no injerencia— y positivas —a fin de asegurar su desarrollo efectivo—. En relación con la cuestión que se aborda, se entiende que la obligación del Estado sería esencialmente la no injerencia, habida cuenta de que es la negativa del Estado al reconocimiento de la relación establecida en el extranjero lo que podría dar lugar a la vulneración del derecho a la vida privada y familiar.

Las injerencias en la vida privada y familiar sólo se justifican en la medida en que sean necesarias para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás. A fin de evaluar si una injerencia es necesaria y está justificada, el TEDH examina tres aspectos: *a*) si la injerencia está prevista en la ley; *b*) si la injerencia persigue una finalidad legítima de las enumeradas, y *c*) si la injerencia es necesaria y proporcional respecto a la finalidad perseguida.¹²

III. *MENNESSON C. FRANCIA Y LABASSÉE C. FRANCIA*¹³

Las primeras sentencias dictadas por el TEDH en esta materia se producen a causa de sendas demandas contra Francia planteadas por cónyuges de nacionalidad francesa y niños nacidos en Minnesota y California como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución. Los niños habían sido

¹⁰ Bächler, Andrea, *op. cit.*, pp. 30-32.

¹¹ *Ibidem*, p. 33.

¹² Otaegui Aizpurua, Idoia, *op. cit.*, pp. 126-134.

¹³ TEDH, Sección 5a., *Mennesson c. Francia*, asunto 65192/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265192/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145179%22%5D%7D>; TEDH, Sección 5a., *Labassée c. Francia*, asunto 65941/11, 26 de junio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D,%22appno%22:%5B%2265941/11%22%5D,%22documentcollectionid%22:%5B%22CHAMBER%22%5D,%22itemid%22:%5B%22001-145180%22%5D%7D>.

concebidos con óvulos donados y el espermatozoides de uno de los comitentes. Como se verá, el vínculo genético y el dato de que los niños fueran parte actora junto con los comitentes son un aspecto esencial de esta jurisprudencia.

Tras el nacimiento de los niños, los comitentes solicitaron el reconocimiento de la relación de filiación. En concreto, lo que solicitaban era la inscripción del certificado de nacimiento extranjero en el Registro civil francés.¹⁴ La inscripción fue denegada por las autoridades francesas, por considerar que la relación de filiación vulneraba su orden público internacional en razón del principio de indisponibilidad del estado civil. Los comitentes y los niños nacidos como consecuencia de la gestación por sustitución alegaron que dicha denegación vulneraba el artículo 8o. del CEDH.

El TEDH concluye en las citadas sentencias que efectivamente se ha producido una injerencia en la vida familiar y privada, habida cuenta de que los esposos *Menesson* y *Labassée* convivían con los niños en territorio francés, formando una unidad familiar de hecho. En este sentido, es de destacar que el TEDH dicta sentencia en 2014, habiéndose producido el nacimiento de los niños en 2000 (en el *caso Menesson*) y 2001 (en el *caso Labassée*).

La injerencia de Francia en la vida familiar y privada de los demandantes constituiría una violación del derecho, salvo que estuviera justificada. Como ya se ha indicado con anterioridad, ello exige el examen de tres elementos: que la injerencia esté legalmente prevista, que obedezca a una finalidad legítima y que sea necesaria y proporcional.

El TEDH señala que la denegación del reconocimiento es una medida legalmente prevista, pues en los artículos 16.7 y 16.9 del Código Civil francés se establece la nulidad de pleno derecho del contrato de gestación por sustitución, especificándose que la norma es de orden público. Además, el Tribunal concluye que la injerencia obedece a una finalidad legítima prevista en el artículo 8o. El TEDH estima, en concreto, que la denegación del reconocimiento busca disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, esencialmente para proteger a la gestante y al niño. La denegación del reconocimiento se justificaría, por tanto, por la finalidad de proteger la salud y los derechos y libertades de otros.¹⁵

¹⁴ Frente al TEDH, Francia argumentó que la falta de inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros no implicaba que se les privara de todo efecto en Francia. De hecho, lo que se aplicaba en Francia era el orden público atenuado, pues se permitía el ejercicio de la responsabilidad parental en virtud del certificado extranjero, pese a que el mismo no fuera objeto de inscripción.

¹⁵ TEDH, *Menesson c. Francia*, cit., apartado 62; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 54.

En relación con la necesidad de la medida, el Tribunal concluye que, habida cuenta de la falta de un consenso europeo en la materia, los Estados disfrutaban de un amplio margen de apreciación, aunque puntualiza que, respecto al derecho a la vida privada, dicho margen se reduce, pues está en juego un aspecto fundamental de la identidad de la persona.¹⁶

La aplicación de la cláusula de orden público internacional no es objeto de cuestionamiento, pero se analiza si en su aplicación se han tenido debidamente en cuenta no sólo los intereses generales, sino también el interés particular de los demandantes y, en especial, el principio del interés superior del niño.¹⁷ Se analizan las dificultades concretas que derivan para los demandantes de la falta de reconocimiento y se concluye que, por lo que respecta al desarrollo de su vida familiar, carecen de entidad suficiente, lo que se demostraría por el hecho de que los demandantes conviven desde hace más de una década en territorio francés.¹⁸ No se ha infringido, por tanto, el derecho a la vida familiar.

A continuación, el TEDH analiza la infracción a la vida privada de los niños nacidos como consecuencia del contrato de gestación por sustitución. El derecho a la vida privada comprende el derecho a la identidad, que a su vez incluye la filiación¹⁹ y la nacionalidad.²⁰ Entiende el Tribunal que, si bien es comprensible que Francia quiera disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia, los efectos de la falta de reconocimiento del vínculo de filiación no afectan sólo a los comitentes que han elegido libremente su modo de actuación, sino también a los niños, cuyo derecho a la vida privada, que implica que cada uno pueda establecer su identidad, incluida su filiación, se ve gravemente afectado.

La negativa francesa al reconocimiento plantea problemas graves de compatibilidad con el interés superior del niño, que ha de ser una consideración primordial en todas las decisiones que los afecten.²¹ El Tribunal considera especialmente grave la vulneración, en atención al hecho de que uno de los comitentes era padre genético de los niños y a que el derecho francés impedía el establecimiento de la relación de filiación por la vía del recono-

¹⁶ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartados 75-78; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartados 55-58.

¹⁷ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 84; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 63.

¹⁸ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 92; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 71.

¹⁹ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 96; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 75.

²⁰ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 97; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 76.

²¹ TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 99; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 78.

cimiento de paternidad, la adopción o la posesión de estado.²² Esta circunstancia situaría a Francia fuera del margen de apreciación que se reconoce a los Estados en la materia, por lo que se habría producido una vulneración del derecho a la vida privada de los niños.

La jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson* se ha reiterado en dos asuntos posteriores: *Foulon y Bouwet c. Francia*²³ y *Laborie c. Francia*,²⁴ en los que concurrían circunstancias fácticas muy similares, pues la demanda la planteaban conjuntamente comitentes y niños, existía un vínculo genético entre el niño y el comitente varón, y los niños y los comitentes estaban ya instalados en el Estado en el que se solicitaba el reconocimiento. De hecho, en estos asuntos la cuestión controvertida era que habían sido ya dictadas sentencias nacionales definitivas denegando la inscripción de los certificados de nacimiento extranjeros y no existía la posibilidad de revisar tales decisiones en virtud de la jurisprudencia de los casos *Labassée* y *Mennesson*. Ello se consideró contrario al CEDH. En 2016 se reformó el Código Procesal francés para introducir un recurso de revisión para aquellos supuestos relativos al estado civil de las personas en los que el TEDH hubiera constatado una violación de los derechos fundamentales protegidos por el CEDH.²⁵

IV. D. Y OTROS C. BÉLGICA²⁶

Los hechos y el objeto del litigio son, en cambio, distintos en el caso *D. y otros c. Bélgica*. Los comitentes, un matrimonio con residencia habitual en Bélgica, habían celebrado un contrato de gestación por sustitución en Ucrania. Pocos días después del nacimiento de la niña, ellos solicitaron en la embajada belga en Kiev la emisión de un pasaporte belga, aportando a tal efecto un certificado de nacimiento ucraniano en donde ambos cónyuges aparecían como progenitores. Las autoridades belgas denegaron la emisión de dicha documentación y

²² TEDH, *Mennesson c. Francia*, cit., apartado 100; TEDH, *Labassée c. Francia*, cit., apartado 79.

²³ TEDH, Sección 5a., *Foulon y Bouwet c. Francia*, asunto 9063/14 y 10410/14, 21 de octubre de 2016, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-164968%22%5D%7D>.

²⁴ TEDH, Sección 5a., *Laborie c. Francia*, asunto 44024/13, 19 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170369%22%5D%7D>.

²⁵ Este recurso de revisión se introduce en el artículo 42 de la Loi no. 2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXI^e siècle, que reforma el Código de la Organización Judicial, introduciendo un artículo L 452.

²⁶ TEDH, Sección 2a., *D. y otros c. Bélgica*, asunto 29176/13, 8 de julio de 2014, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22languageisocode%22:%5B%22FRE%22%5D%22%22appno%22:%5B%2229176/13%22%5D%22%22documentcollectionid%22:%5B%22ADMISSIBILITE%22%5D%22%22itemid%22:%5B%22001-146420%22%5D%7D>.

solicitaron información suplementaria que demostrara la relación de filiación. La decisión fue recurrida y el Tribunal de Apelación ordenó la emisión de un salvoconducto que, finalmente, permitió el desplazamiento.

Los demandantes (los comitentes y la niña) alegaron una vulneración de los artículos 3o. (prohibición de tratos inhumanos y degradantes) y 8o. del CEDH, ya que como consecuencia de la denegación de la documentación de viaje se produjo una separación temporal de tres meses y doce días entre la niña y los comitentes. La medida estatal que supuestamente vulneraría el CEDH es la denegación de la documentación de viaje, no siendo objeto de examen la inscripción en el Registro Civil belga del certificado ucraniano de nacimiento, que estaba todavía *sub iudice* cuando el TEDH se pronunció.

El TEDH entiende que el artículo 8o. se aplicaría al supuesto, pese a que la relación entre los comitentes y la niña fue de muy corta duración. En este sentido, el Tribunal remite a su jurisprudencia para afirmar que el precepto puede aplicarse a un proyecto de vida familiar y hace hincapié en que, tras el desplazamiento de la niña a Bélgica, los comitentes forman con ella una unidad familiar de hecho.²⁷

Se afirma, a continuación, que la denegación de la documentación de viaje constituye una injerencia en la vida familiar y privada, pero se entiende que: *a)* dicha medida está prevista en la ley, y *b)* estaría justificada, pues, al solicitar información suplementaria acerca de la filiación de la niña, el Estado belga estaría persiguiendo la finalidad legítima de prevención de ilícitos penales en el contexto de la lucha contra el tráfico de personas.²⁸ La medida se justificaría además por la necesidad de protección de los derechos de la madre gestante y la niña.²⁹

Se trataría, igualmente, de una medida necesaria y proporcional. Respecto a la primera cuestión, el TEDH recuerda que, en una materia en la que no existe un consenso europeo, el margen de apreciación de los Estados es amplio.³⁰ En relación con la proporcionalidad, se hace hincapié en que la separación fue de corta duración y, durante la misma, los comitentes pudieron desplazarse a Ucrania en dos ocasiones.³¹ El TEDH reconoce que dicha separación pudo generar angustia y se produjo en un momento muy importante para el desarrollo infantil,³² pero concluye que no se trató de una

²⁷ *Ibidem*, apartado 49.

²⁸ *Ibidem*, apartado 52.

²⁹ *Ibidem*, apartado 53.

³⁰ *Ibidem*, apartado 54.

³¹ *Ibidem*, apartado 55.

³² *Ibidem*, apartado 57.

medida desproporcionada,³³ valorándose además que los comitentes habían hecho consultas jurídicas previas y no podían ignorar que se podían generar dificultades.³⁴

V. *PARADISO Y CAMPANELLI C. ITALIA*

Como se ha podido advertir, los pronunciamientos del TEDH están muy condicionados por la particular constelación fáctica, así como por el planteamiento procesal del supuesto que se enjuicia. Estos elementos son especialmente relevantes respecto al siguiente caso, en el que concurren dos elementos fundamentales: el primero, de carácter sustantivo, es la ausencia de un vínculo genético entre el niño y los comitentes, y el segundo, de carácter procesal, está marcado por el hecho de que el niño no era parte del proceso. El TEDH consideró que, habida cuenta de que no existía un vínculo genético entre el niño y los demandantes ni la autorización de un representante legal del niño, los demandantes carecían de legitimación para representar al niño ante los tribunales.

Otra particularidad del caso es que fue primero resuelto, el 27 de enero de 2015, por la Sección 2a. del Tribunal, que falló que Italia había infringido el derecho a la vida familiar y privada de los comitentes,³⁵ y luego fue llevado por Italia a la Gran Sala,³⁶ que con una votación de 11 contra 6, el 24 de enero, llegó a la conclusión inversa. La sentencia dictada por la Gran Sala fue reñida, formulándose un voto disidente.

Los hechos pueden resumirse de la siguiente forma: los esposos Paradiso y Campanelli —italianos residentes en Italia—, que tras varios intentos fallidos de fecundación *in vitro* habían iniciado hacía algunos años un proceso de adopción internacional, concluyeron un contrato de gestación por sustitución en Rusia, supuestamente para que una gestante diera a luz a un niño concebido con gametos del esposo.³⁷ Una prueba de ADN reveló posteriormente que no existía ningún vínculo genético entre el niño y el comitente, lo

³³ *Ibidem*, apartado 58.

³⁴ *Ibidem*, apartado 60.

³⁵ TEDH, Sección 2a., *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 27 de enero de 2015, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-151056%22%5D%7D>.

³⁶ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, asunto 25358/12, 24 de enero de 2017, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-170359%22%5D%7D>.

³⁷ Respecto a este punto, el relato de los esposos resulta ambiguo. En un primer momento, la señora Paradiso afirma que se habían utilizado sus óvulos, y luego señaló que únicamente se utilizó semen del marido, produciéndose la circunstancia adicional de que éste no se trasladó a Rusia y que fue ella misma quien transportó el material genético.

que, según la clínica de reproducción asistida, fue consecuencia de un error. No se pudo, no obstante, probar de ninguna manera que el material genético se hubiera trasladado a Rusia, existiendo, en cambio, constancia del pago de una importante cantidad de dinero (50,000 euros).

Tras el nacimiento del niño, los comitentes obtuvieron un certificado de nacimiento ruso en el que ellos figuraban como padres. Una vez en Italia, los comitentes solicitaron su inscripción en el Registro Civil italiano.

El consulado italiano que había emitido la documentación de viaje para el menor dio aviso de que la documentación del niño contenía diversas falsedades. Ello comportó la apertura de diligencias penales por una presunta comisión del delito de alteración del estado civil, así como una infracción de las normas reguladoras de la adopción internacional. Paralelamente, se inició un procedimiento para declarar al niño en desamparo y, por consiguiente, adoptable. Cuando el asunto fue objeto de enjuiciamiento, el niño ya había sido adoptado por terceros.

El objeto de la controversia en este caso no es la denegación del reconocimiento del certificado de nacimiento ruso, pues no se habían agotado los recursos internos sobre esta cuestión, sino la adopción de medidas de protección respecto al niño.³⁸

La primera cuestión que se plantea es si existe una vida familiar que debe ser protegida. El TEDH recuerda su jurisprudencia acerca de que en algunos supuestos ha reconocido la existencia de dicha vida familiar en virtud de meros vínculos personales, esto es, en ausencia de relación genética o legal.³⁹ En el caso de autos se estima, sin embargo, que la corta duración de la convivencia —ocho meses— impediría afirmar que existía una vida familiar *de facto*, pese a que los comitentes tuvieran un proyecto familiar. La precariedad del vínculo jurídico, de la cual serían responsables los comitentes al infringir disposiciones imperativas del derecho italiano, contribuiría a esa ausencia de vida familiar.⁴⁰

³⁸ La separación de comitentes y niño en supuestos en los que no existe vínculo genético parece no ser una medida inhabitual. Véase Pretelli, Ilaria, “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 104, núm. 3, 2015, pp. 559-578.

³⁹ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, *cit.*, apartados 149 y 150.

⁴⁰ *Ibidem*, apartado 157. Un aspecto interesante del caso *Paradiso y Campanelli* es que el TEDH parece establecer que el concepto de vida familiar es un concepto híbrido, en el cual confluyen cuestiones fácticas y jurídicas. Véase, al respecto, Beaumont, Paul y Trimmings, Katarina, “The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy”, *Centre for Private International Law Working Paper Series*, Aberdeen, núm. 3, 2017, pp. 8 y 9, disponible en: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_3.pdf.

En virtud también de su jurisprudencia anterior, se afirma, no obstante, que existe afección de la vida privada de los comitentes, pues estaría en juego un proyecto de paternidad largamente perseguido.⁴¹ A continuación, se examina si la injerencia en la vida privada a través de la medida de protección adoptada por las autoridades italianas está justificada. Se entiende que se trata de una medida prevista por la ley, respecto a niños de filiación y nacionalidad indeterminada, que persigue una finalidad legítima: busca preservar el orden y salvaguardar los derechos de terceros. De manera explícita, al hilo de dicho análisis, el TEDH afirma que es legítimo que el derecho italiano establezca que el vínculo de filiación se base exclusivamente en la relación genética o en la adopción.⁴²

Seguidamente se valora si la medida resultaba necesaria y proporcional. El TEDH entiende que las autoridades nacionales gozan de un amplio margen de apreciación, pues, por una parte, en la ausencia de vínculo genético no está en juego la identidad del niño ni el proyecto de los esposos de ser padres genéticos, y, por otra, el niño no es parte del procedimiento frente al Tribunal.⁴³

El TEDH entiende que los tribunales italianos se enfrentaban a un dilema delicado: o bien permitían a los comitentes continuar su relación con el niño, legalizando una situación fáctica que ellos habían creado unilateralmente en contravención de la ley, o bien tomaban las medidas impugnadas.⁴⁴ Tras valorar exhaustivamente la cuestión, sopesar la compatibilidad de la medida de protección con el interés superior del niño y concluir que el perjuicio para él no era irreparable, la autoridad nacional adoptó las medidas de protección previstas en su legislación, lo que, según el Tribunal, constituye una medida proporcional y, por consiguiente, ajustada a derecho.

Se ha puesto de relieve por la doctrina que en el *caso Paradiso y Campanelli* concurren unas circunstancias muy especiales, en virtud de las cuales la decisión es difícilmente extrapolable.⁴⁵ Es, en efecto, dudoso que el Tribunal hubiere llegado a la misma conclusión si la convivencia entre el niño y los comitentes se hubiera prolongado en el tiempo⁴⁶ o el niño hubiera sido parte del

⁴¹ TEDH, Gran Sala, *Paradiso y Campanelli c. Italia*, cit., apartado 163.

⁴² *Ibidem*, apartado 177.

⁴³ *Ibidem*, apartado 195.

⁴⁴ *Ibidem*, apartado 209.

⁴⁵ Farnós Amorós, Esther, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 40, 2017, pp. 231-242.

⁴⁶ Éste es uno de los aspectos más controvertidos de la sentencia, pues en otros asuntos el TEDH había subrayado la importancia de los primeros meses de vida para el desarrollo infantil. Cfr. Honorati, Costanza, “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU

procedimiento. Sin embargo, aunque sea en un *obiter dicta*, el TEDH afirma que es perfectamente legítimo que un Estado defienda que sólo existen dos vías para el establecimiento de la filiación: la filiación basada en la genética y la filiación basada en la adopción. Podría, por tanto, considerarse compatible con el derecho a la vida familiar o privada una práctica estatal que ofreciera una salida —por ejemplo, a través de la institución de la adopción— a las unidades familiares de hecho resultantes de un contrato de gestación por sustitución en las que no concurre una relación genética.

VI. REPERCUSIONES Y VALORACIÓN

De la jurisprudencia analizada deriva con claridad una única conclusión: respecto a la inscripción de certificados de nacimiento o decisiones judiciales extranjeros, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes no permite denegar el establecimiento de la filiación paterna cuando existe un vínculo genético entre el niño y el comitente, pues se ve afectado el derecho a la vida privada del niño, que comprende, en particular, su derecho a la identidad.

Ahora bien, lo que ya no deriva necesariamente de la jurisprudencia del TEDH es que exista la obligación de inscribir la filiación paterna en virtud del reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero. Podría ser suficiente si el derecho del Estado contratante permitiera el establecimiento de la filiación por otras vías jurídicas, como el reconocimiento de la paternidad o la posesión de estado.

Así lo ha interpretado el Tribunal Supremo español (en adelante, TS). En 2014, antes de dictarse la sentencia del TEDH en los asuntos *Labassée* y *Menesson*, el TS⁴⁷ puso fin a un litigio relativo a la inscripción de un certificado de nacimiento estadounidense que establecía una relación de filiación entre dos niños y dos varones de nacionalidad española. El TS consideró que

...la decisión de la autoridad registral de California al atribuir la condición de padres al matrimonio que contrató la gestación por sustitución con una mujer que dio a luz en dicho estado es contraria al orden público internacional español por resultar incompatible con normas que regulan aspectos esenciales de las relaciones familiares, en concreto de la filiación, inspiradas en los valores

definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>.

⁴⁷ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Recurso 245/2012, Resolución 835/2013, 6 de febrero de 2014, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.

constitucionales de dignidad de la persona, respeto a su integridad moral y protección de la infancia.⁴⁸

La sentencia fue muy controvertida. En un voto particular, cinco magistrados del TS habían señalado que la “sentencia... tutela la excepción del orden público de una forma preventiva, más allá de lo que resulta del supuesto sometido a la consideración de la Sala mediante el recurso de casación”,⁴⁹ pues se hace efectivamente una valoración de la gestación por sustitución en abstracto con alusiones a la “explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza”, que no concurrían en el supuesto sobre el que se estaba enjuiciando, ocurrido en California.

En cualquier caso, frente a la argumentación de las partes de que se generaba una situación de desprotección de los menores, el TS había ya apuntado que existen diversas posibilidades en el ordenamiento jurídico español para formalizar jurídicamente la relación entre los comitentes y el niño que formaban una unidad familiar de hecho que convivía en España, citándose expresamente la adopción y el acogimiento familiar.⁵⁰

Una vez que se conocieron las sentencias dictadas en los asuntos *Menneson* y *Labassée*, los comitentes promovieron un incidente de nulidad de actuaciones. En un auto dictado el 2 de febrero de 2015,⁵¹ el TS examina, entre otras cuestiones, si se ha producido una vulneración de derechos fundamentales conforme a la interpretación que de los mismos ha realizado el TEDH.

El auto del TS es de especial interés, pues confronta su sentencia previa con la jurisprudencia del TEDH. Se concluye que lo que vulnera el derecho a la vida privada de los niños no es la denegación del reconocimiento, sino que el ordenamiento francés, considerando que existe un vicio de origen, no permite el establecimiento de la filiación por ningún medio, lo que contrastaría con la situación en el ordenamiento español. El TS señala:

Nuestra sentencia permite que la identidad de los menores quede debidamente asentada mediante el reconocimiento de la filiación biológica paterna y la formalización de las relaciones existentes si hubiera un núcleo familiar “de facto” entre los comitentes y los niños, como parece que existe. Y no solo lo permite, sino que acuerda instar al Ministerio Fiscal para que adopte las medidas pertinentes en ese sentido para la protección de los menores.⁵²

⁴⁸ *Ibidem*, FJ 3o., apartado 10o.

⁴⁹ *Ibidem*, Voto particular, apartado 3o.

⁵⁰ *Ibidem*, FJ 5o., apartado 11o.

⁵¹ Tribunal Supremo, Sala Primera de lo Civil, Recurso 245/2012, Auto del 2 de febrero de 2015, disponible en: <http://supremo.vlex.es/vid/557390890>.

⁵² *Ibidem*, apartado 12o.

No es, por tanto, indubitado que se infrinja el derecho a la vida privada reconocido por el CEDH si se deniega la inscripción de la filiación paterna, pero se permite su establecimiento.⁵³ Cosa distinta es que sea una solución idónea, pues, en definitiva, lo que hace es postergar en el tiempo el establecimiento de dicha relación de filiación. Sin embargo, este proceder también podría justificarse para conciliar la protección del interés superior del niño concreto nacido como consecuencia de un contrato de gestación por sustitución, con consideraciones de orden público abstracto, según las cuales la práctica de la gestación por sustitución lesiona la dignidad del niño y de la mujer gestante.

En otros países, la lectura de las sentencias *Labassée* y *Menesson* ha sido distinta. En Francia, la Corte de Casación decidió, en sendas decisiones dictadas en 2015, aceptar la inscripción de la filiación paterna contenida en el certificado de nacimiento extranjero, siempre y cuando dicho certificado sea regular, no haya sido falseado y no se haya impugnado la filiación paterna.⁵⁴

El reconocimiento directo de la relación de filiación se produce, asimismo, en Alemania, aunque parece que la jurisprudencia alemana no es tributaria de las decisiones del TEDH.⁵⁵ El *Bundesgerichtshof* decidió el 10 de diciembre de 2014⁵⁶ que el reconocimiento de una relación de filiación establecida en el extranjero entre el niño y los comitentes no vulnera el orden público alemán, pues dicha relación podría resultar de diversos mecanismos técnicos del derecho alemán. La jurisprudencia alemana es, por tanto, favorable al reconocimiento de la relación de filiación con ambos comitentes, aunque genéticamente el niño sólo sea hijo de uno, porque, en definitiva, cabe establecer dicha relación por otros medios previstos en el derecho alemán.

Esta solución se aplica, no obstante, únicamente a supuestos en los que la relación de filiación viene establecida por decisión judicial, el niño es hijo genético de uno de los comitentes, no existe ninguna relación genética entre el niño y la mujer gestante, ésta no está casada y además no se presenta nin-

⁵³ Álvarez González, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, p. 191, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

⁵⁴ Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, Sentencia 619, 3 de julio de 2015 (14-21.323), disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/619_3_32230.html; Corte de Casación francesa, Asamblea plenaria, Sentencia 620, 3 de julio de 2015 (15-50.002), disponible en: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/620_3_32232.html.

⁵⁵ Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, p. 184.

⁵⁶ Tribunal Federal de Justicia alemán, AZ. XII ZB 463/13, 10 de diciembre de 2014, disponible en: https://www.jurion.de/urteile/bgh/2014-12-10/xii-zb-463_13/ (en alemán). Sobre este caso, puede verse también la sección V del capítulo octavo de la presente obra.

guna reclamación.⁵⁷ En una sentencia posterior del 20 de marzo de 2019,⁵⁸ el Tribunal Federal no aceptó la inscripción de un certificado de nacimiento de Ucrania, en el que los padres de intención, un matrimonio con residencia habitual en Alemania, constaban como padres de un niño. Se aplicó al caso el método conflictual y se denegó el “reconocimiento” del documento público extranjero, puesto que el contenido del mismo no se correspondía con el que hubiere resultado de la aplicación de la norma de conflicto alemana en materia de filiación (artículo 19.1 del EGBGB, Código Civil alemán).⁵⁹

Se encuentra todavía una posición distinta en Suiza. En una sentencia del Tribunal Federal del 21 de mayo 2015⁶⁰ se concluyó, esta vez con referencia explícita al TEDH, que el CEDH sólo impone un reconocimiento parcial de la relación de filiación establecida en el extranjero entre el niño y los comitentes. No es posible denegar el reconocimiento de la relación de filiación entre el niño y el comitente varón que es el padre genético, pues ello infringe el derecho a la vida privada del niño. En cambio, sería compatible con el CEDH la denegación del reconocimiento de una relación de filiación entre el niño y quien únicamente fuera su progenitor de intención.

Se podría concluir erróneamente que el hecho de que diversas jurisdicciones nacionales extraigan conclusiones distintas de la jurisprudencia del TEDH se debe a las deficiencias de dicha jurisprudencia. Pero ello supone desconocer el papel que le corresponde al TEDH en un sistema que viene marcado por el principio de subsidiariedad. En un ámbito material tan controvertido como el presente, no le corresponde al TEDH sustituir el debate que ha de producirse en cada uno de los Estados miembros, sino únicamen-

⁵⁷ Sobre esta sentencia, véase Gössl, Susanne Lilian, “The Recognition of a «Judgment of Paternity» in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2015, pp. 448-465, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2796/1573>.

⁵⁸ Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 530/17, disponible en: <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4> (en alemán). Sobre este caso, véase también la sección V del capítulo octavo de la presente obra.

⁵⁹ El Tribunal Federal interpretó que la primera residencia habitual del niño se localiza en Alemania, por lo que era aplicable el derecho alemán. Conforme al mismo, es madre la mujer que da a luz, por lo que la única salida para establecer la filiación materna a favor de la madre de intención es la adopción. De cara al derecho material alemán, es irrelevante el hecho de que la madre de intención hubiera aportado sus gametos.

⁶⁰ Tribunal Federal suizo, Sentencia núm. 5A_748/2014, 21 de mayo de 2015, disponible en: https://www.bger.ch/ext/eurospider/live/de/php/aza/http/index.php?highlight_docid=aza%3A%2F%2F21-05-2015-5A_748-2014&lang=de&type=show_document&zoom=YES& (en alemán). Véase Álvarez González, Santiago, *op. cit.*, pp. 188 y 189.

te señalar un mínimo denominador común. Dentro del respeto al mismo, caben distintas opciones, siendo todas legítimas. Cuestión distinta es que a uno le gusten unas más que otras.

VII. LA OPINIÓN CONSULTIVA

Como ya se ha señalado con anterioridad, el TEDH está lejos de haber dicho la última palabra sobre la gestación por sustitución. Están en estos momentos pendientes tres asuntos que suscitan la interesante cuestión del reconocimiento de la filiación materna.

Braun c. Francia,⁶¹ *Saenz y Saenz Cortes c. Francia*⁶² y *Maillard y otros c. Francia*⁶³ son casos muy parecidos a *Mennesson y Labassée*. En los tres supuestos se han celebrado contratos de gestación por sustitución en el extranjero, utilizando gametos del comitente varón. Conforme a la jurisprudencia actual posterior a *Labassée* y *Mennesson*, se procede a inscribir en el Registro Civil francés al niño como hijo del comitente varón. Se rechaza, en cambio, la inscripción de la filiación materna, por entender que es madre la mujer que da a luz al niño y no la madre intencional.

Las demandas frente al TEDH plantean la infracción del derecho a la vida privada del niño derivada del hecho de que la inscripción del certificado extranjero es parcial y supone desconocer la filiación materna. Adicionalmente, se alega que existe una infracción del principio de igualdad (artículo 14) en combinación con el derecho a la vida privada (artículo 8o.), en tanto en cuanto se privilegia el criterio del nacimiento para establecer la filiación materna.

El 5 de octubre de 2018, la Corte de Casación francesa planteó esta misma cuestión al TEDH, accionando por primera vez el mecanismo consultivo⁶⁴ previsto en el Protocolo núm. 16 al CEDH, adoptado el 2 de octubre de 2013 y que entró en vigor desde el 1o. de agosto de 2018.⁶⁵ El mecanismo

⁶¹ TEDH, Sección 5a., *Braun c. Francia*, asunto 1462/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-182515%22%5D%7D>).

⁶² TEDH, Sección 5a., *Saenz y Saenz Cortes c. Francia*, asunto 11288/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-182516%22%5D%7D>).

⁶³ TEDH, Sección 5a., *Maillard y otros c. Francia*, asunto 17348/18, disponible en: <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-183942%22%5D%7D>).

⁶⁴ TEDH, Gran Sala, *Advisory Opinion concerning the recognition in domestic law of a legal parent-child relationship between a child born through a gestational surrogacy arrangement abroad and the intended mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001)* (en inglés) (Opinión consultiva), disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

⁶⁵ Protocolo núm. 16 al CEDH, disponible en: <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/rms/0900001680084832> (en inglés).

consultivo tiene como objeto reforzar la relación de cooperación entre las autoridades nacionales y el Tribunal europeo, proporcionándoles a aquéllas los elementos para poder construir una respuesta jurídica conforme al CEDH. El TEDH no examina los hechos ni decide el asunto, sino que se limita a contestar a las cuestiones elevadas por las autoridades nacionales.

La Corte de Casación francesa preguntó si su negativa a inscribir la filiación materna está cubierta por el margen de apreciación del que dispone conforme al artículo 8o. del CEDH. Se cuestionó adicionalmente si se debe diferenciar entre los supuestos en los que se utiliza material genético de la madre de intención y aquellos en los que no existe vínculo genético entre el niño y la comitente. También se elevó al TEDH la cuestión de si se cumple con el artículo 8o. al posibilitar que la madre intencional adopte al niño, hijo genético del marido de la madre, o si el Convenio exige que se proceda directamente a la inscripción del certificado extranjero.

La opinión consultiva se hizo pública el 10 de abril de 2019. El TEDH muestra cautela al circunscribir el análisis al supuesto que motiva la petición de la Corte de Casación francesa, subrayando que en este caso concurren tres circunstancias: en primer lugar, que entre el padre de intención y el niño existe un vínculo genético; en segundo lugar, que no existe tal vínculo entre la madre de intención y el niño, y, en tercer lugar, el supuesto se caracteriza porque, en el certificado de nacimiento extranjero, el padre y la madre de intención aparecían como padres legales. El Tribunal advierte que su jurisprudencia podría en un futuro precisar de ulteriores desarrollos, teniendo en cuenta la evolución de la materia.⁶⁶ Se recuerda, por consiguiente, el carácter evolutivo de la jurisprudencia del TEDH.

Las dos consideraciones primordiales son, en opinión del Tribunal, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, el margen de apreciación del que disponen los Estados contratantes en la materia. Respecto a la primera cuestión, se recuerda que, si bien es legítimo combatir el fraude de ley, ha de primar el interés superior del niño.⁶⁷ Se afirma que el derecho a la vida privada del niño se ve lesionado si no se permite el establecimiento de la filiación materna, ya que ello crea una situación de incertidumbre respecto a la identidad del niño y puede generar dificultades en ámbitos como el derecho de la nacionalidad y la extranjería, el tema sucesorio y en caso de separación de los padres de intención.⁶⁸ Es asimismo esencial en relación con la responsabilidad parental.⁶⁹

⁶⁶ Opinión consultiva, apartado 36.

⁶⁷ *Ibidem*, apartado 39.

⁶⁸ *Ibidem*, apartado 40.

⁶⁹ *Ibidem*, apartado 42.

Se considera de especial interés el hecho de que el TEDH aluda a efectos negativos que no se producían en el caso concreto, como las dificultades en el ámbito de la nacionalidad y la extranjería, que no eran relevantes, puesto que el padre de intención era, al igual que la madre, de nacionalidad francesa. También es destacable que la lesión al derecho a la vida privada del niño no se haga depender del vínculo genético entre el niño y la madre.

Por lo que respecta al margen de apreciación, el TEDH inicia su análisis recordando que no existe un consenso europeo respecto al reconocimiento de una relación de filiación entre el niño nacido como consecuencia de una gestación por sustitución practicada en el extranjero y los padres de intención.⁷⁰ Por esa razón y tratándose de una cuestión que suscita importantes controversias morales o éticas, el margen de apreciación del que disponen los Estados debería ser amplio,⁷¹ pero ha de restringirse al estar en juego un aspecto esencial de la identidad de un individuo.⁷² Por consiguiente, el TEDH concluye que el respeto a la vida privada del niño requiere que el derecho nacional ofrezca alguna posibilidad de reconocimiento del vínculo de filiación entre el niño y la madre de intención.⁷³

Ello no implica, no obstante, que necesariamente se tenga que reconocer el certificado de nacimiento extranjero. El TEDH subraya únicamente que se requiere dar una respuesta rápida, pues la incertidumbre perjudica al niño;⁷⁴ pero no deduce de dicha circunstancia que se tenga que proceder directamente a la inscripción. Se entiende que se respeta el interés superior del niño si el derecho interno dispone de medios jurídicos que permitan el establecimiento de la relación de filiación, citándose expresamente la adopción, siempre que dichos medios operen con celeridad y eficacia.⁷⁵

La opinión consultiva no significa, por consiguiente, un vuelco de la jurisprudencia anterior, sino su desarrollo lógico, destacando únicamente que la importancia del dato genético se relativiza. Ha de tenerse en cuenta, sin embargo, que en el supuesto objeto de análisis el padre de intención y marido de la madre era el padre biológico del niño. Sería, por tanto, excesivo concluir que la obligación de reconocer el vínculo de filiación establecido en el extranjero existe también cuando, como en el caso *Paradiso*, ninguno de los padres de intención tiene vínculos genéticos con el niño.

⁷⁰ *Ibidem*, apartados 23 y 43.

⁷¹ *Ibidem*, apartado 43.

⁷² *Ibidem*, apartado 44.

⁷³ *Ibidem*, apartado 36.

⁷⁴ *Ibidem*, apartado 49.

⁷⁵ *Ibidem*, apartados 53-55.

VIII. CONCLUSIONES

La jurisprudencia del TEDH aborda, como se ha visto, aspectos parciales de la problemática jurídica relativa a la gestación por sustitución. Los supuestos analizados hasta la fecha son todos casos de tráfico jurídico externo, en los cuales la presunta infracción de los derechos fundamentales se produce como consecuencia de la negativa del Estado a reconocer una relación de filiación establecida en el extranjero.

La respuesta del Tribunal es muy matizada y varía en función de las circunstancias del caso concreto. Conforme se planteen nuevos supuestos, la respuesta del Tribunal se irá decantando. En una materia tan delicada como la presente, no cabe, sin embargo, esperar que se suprima el margen de apreciación de los Estados. No es misión del Tribunal sustituir el debate informado propio de las sociedades democráticas. Corresponde, por consiguiente, a los Estados establecer una respuesta jurídica adecuada y equilibrada, bien a través del derecho interno, bien a través de la conclusión de instrumentos internacionales. En este sentido, es destacable que la opinión consultiva del TEDH concluya subrayando la complejidad de las cuestiones que suscita la gestación por sustitución y refiriéndose a los trabajos de la HCCH.⁷⁶

IX. BIBLIOGRAFÍA

ALIJA, Rosa Ana y BONET, Jordi, “La actividad judicial del sistema europeo de protección de los derechos humanos: alcance y limitaciones”, en OLASOLO, Héctor *et al.* (coords.), *Alcance y limitaciones de la justicia internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, Santiago, “Gestación por sustitución y orden público”, *InDret. Revista para el Análisis del Derecho*, Barcelona, núm. 2, 2017, disponible en: <http://www.indret.com/pdf/1306.pdf>.

BEAUMONT, Paul y TRIMMINGS, Katarina, “The European Court of Human Rights in *Paradiso and Campanelli v. Italy* and the Way Forward for Regulating Cross-Border Surrogacy”, *Centre for Private International Law Working Paper Series*, Aberdeen, núm. 3, 2017, disponible en: https://www.abdn.ac.uk/law/documents/CPIL%20Working%20Paper%20No%202017_3.pdf.

BÜCHLER, Andrea, “The Right to Respect for Private and Family Life. The Case Law of the European Court of Human Rights on Parenthood and

⁷⁶ *Ibidem*, apartado 59.

- Family”, en BÜCHLER, Andrea y KELLER, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- FARNÓS AMORÓS, Esther, “Paradiso y Campanelli c. Italia (II): los casos difíciles crean mal derecho”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 40, 2017.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, Cristina, “Diálogos verticales y horizontales en el derecho internacional privado europeo”, en MARTÍN Y PÉREZ DE NANCLARES, José (dir.) y GONZÁLEZ HERRERA, Daniel (coord.), *El diálogo judicial internacional en la protección de los derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2019, en prensa.
- GÖSSL, Susanne Lilian, “The Recognition of a «Judgment of Paternity» in a Case of Cross-Border Surrogacy under German Law. Commentary to BGH, 10 December 2014, AZ. XII ZB 463/13”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Madrid, vol. 7, núm. 2, 2015, disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2796/1573>.
- HONORATI, Costanza, “Paradiso e Campanelli c. Italia, atto secondo: la Corte EDU definisce la nozione di «vita familiare» e ribalta la sentenza precedente”, disponible en: <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2001/01/honorati.pdf>.
- KELLER, Helen, “Article 8 in the System of the Convention”, en BÜCHLER, Andrea y KELLER, Helen (eds.), *Family Forms and Parenthood. Theory and Practice of Article 8 ECHR in Europe*, Cambridge, Intersentia, 2016.
- OTAEGUI AIZPURUA, Idoia, *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Cizur Menor, Thomson Reuters-Aranzadi, 2017.
- PRETELLI, Ilaria, “Les défis posés au droit international privé par la reproduction technologiquement assistée. À propos de deux décisions italiennes en matière de maternité de substitution”, *Revue Critique de Droit International Privé*, vol. 104, núm. 3, 2015.

TERCERA PARTE
LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

CAPÍTULO DECIMOPRIMERO

REGULACIÓN ESPECIAL DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

Rosa Elvira VARGAS BACA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Cuestiones de competencia.* III. *Diversas actitudes de las entidades federativas ante el tema.* IV. *Legislación del estado de Tabasco.* V. *Legislación del estado de Sinaloa.* VI. *Ciudad de México: la ley que no fue.* VII. *Iniciativas de reforma.* VIII. *Los criterios judiciales más recientes en la materia.* IX. *Conclusiones.* X. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

Los avances en el campo de la reproducción humana asistida han propiciado que la gestación por sustitución sea una vía a la que se acude para lograr la procreación exitosa de seres humanos, con una regularidad que se incrementa. Atender las diversas situaciones legales derivadas de esta práctica es uno de los retos que enfrenta México, pues aun cuando ésta se realiza en lo cotidiano, todavía no existe una postura homogénea ni siquiera en lo relativo a expedir la normativa necesaria, tal como se podrá observar a lo largo del presente capítulo. Sin embargo, es posible encontrar avances y esfuerzos importantes al respecto, que se describirán brevemente, ya que constituyen el eje fundamental sobre el que se desarrollará en lo futuro la protección jurídica que de manera imprescindible se debe otorgar a todos los sujetos que acuden a dicha vía reproductiva.

II. CUESTIONES DE COMPETENCIA

En la actualidad, las personas que no pueden tener descendencia de manera natural, o bien no han querido hacerlo por sí mismas, recurren cada vez con

mayor frecuencia a la gestación por sustitución, llevándola a cabo a través de diversas TRHA.¹ Dado lo reciente de esta práctica, así como los cuestionamientos de tipo ético, psicológico, médico, social, económico, cultural, religioso y jurídico que la misma supone, es común observar la falta de legislación al respecto o, en su caso, la existencia de normas que la regulan inadecuadamente.

En el sistema legal mexicano se debe considerar, en primer lugar, que la gestación por sustitución no tiene una mención expresa en la CPEUM. Sin embargo, la mayoría de los juristas sostiene que se trata de un medio para hacer efectivo el derecho a la reproducción humana, garantizado en el párrafo segundo del artículo 4o. de la Constitución, el cual establece que “ Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos ”. Una de las consecuencias que se derivan de lo anterior es que en cualquier análisis referente a este tipo de gestación, así como en todo lo relativo a su ejercicio, necesariamente se debe tomar en cuenta la relación que guarda con el derecho humano antes mencionado. Igualmente, se debe considerar que, por disposición de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, ese derecho no puede ser objeto de restricción y que su protección más amplia debe ser favorecida.

En segundo término, es importante señalar que, por llevarse a cabo mediante TRHA, la gestación por sustitución involucra forzosamente procedimientos médicos, cuyo destinatario es la población, y que dichos procedimientos en el sistema legal mexicano son regulados por las normas expedidas en materia de salubridad, la cual tiene un carácter concurrente. Dado que a través de esta última se distribuyen competencias tanto para la Federación como para las entidades federativas —e incluso los municipios—, según lo disponen los artículos 4o., párrafo cuarto, y 73, fracción XVI, de la CPEUM, se deberá atender al ámbito competencial que, bajo la perspectiva del cuidado a la salud, se otorgue a cada uno de esos espacios, con relación a la procreación asistida y, en su caso, con este tipo de gestación.

¹ Las TRHA consisten en “... todos los tratamientos o procedimientos que incluyen la manipulación tanto de ovocitos como de espermatozoides o embriones humanos para el establecimiento de un embarazo. Esto incluye, pero no está limitado sólo a, la fecundación in vitro y la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de cigotos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones, y el útero subrogado...”. *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.

Por otra parte, sin soslayar la competencia que en el orden federal existe en materia civil, es de destacar que, en lo que concierne a la gestación por sustitución, la mayor responsabilidad corresponde a las entidades federativas, así como a la Ciudad de México, ya que éstas deben expedir y aplicar todo lo relativo al derecho de familia y a las normas referentes al Registro Civil, las cuales indiscutiblemente guardan relación o se derivan del hecho de acudir a las diversas TRHA.

En tales términos, en el sistema legal de México corresponderá fundamentalmente a estos dos últimos espacios de atribución resolver situaciones que hoy por hoy generan incertidumbre, a saber: la vinculación de esta práctica con el derecho irrestricto de todo individuo a la reproducción; cuáles son los intereses que el ordenamiento jurídico habrá de tutelar; la determinación de los sujetos a los que se dará acceso a esta vía reproductiva; el establecimiento de límites en la edad de las mujeres gestantes; precisar los derechos del varón en la gestación por sustitución; la naturaleza del instrumento jurídico que contendrá el acuerdo de voluntades entre las partes involucradas y que, asimismo, permitirá definir y acreditar la relación que éstas tendrán con el nacido a través de la gestación sustituta, además de justificar la entrega del niño a los padres intencionales; las normas aplicables a la gratuidad o no del procedimiento, a la aportación de gametos y al resguardo de la identidad de los donantes —cuando los hubiere—, en correlación con el derecho a conocer los orígenes biológicos propios; la determinación de la maternidad y la paternidad y su coexistencia con los tradicionales supuestos de presunción aplicables a aquéllas; remover el impedimento que existe conforme a la normatividad vigente de renunciar a la patria potestad; las reglas aplicables al consentimiento; las situaciones legales a considerar cuando los progenitores biológicos del niño mueren durante la gestación; resolver situaciones que surgen cuando la madre solicitante y la gestante pertenecen a una misma familia, así como las que existen en los casos en que la mujer gestante se niega a entregar al niño una vez que tuvo lugar el nacimiento; el que ocurra el rechazo del niño por parte de los solicitantes, al que, incluso, le puede seguir el rechazo de la propia mujer gestante; el surgimiento de complicaciones médicas durante el embarazo o el alumbramiento, entre ellas la enfermedad y la muerte de la mujer gestante o la existencia de malformaciones o padecimientos en el producto antes o después de nacido; el derecho de la mujer gestante a interrumpir el embarazo; la existencia de nacimientos múltiples; la regulación de los procedimientos permitidos, las instituciones y las actividades médicas respectivas; la responsabilidad de los terceros intervinientes en la

procreación, entre los que se encuentran prestadores de servicios o agencias; la asignación de recursos a los establecimientos públicos donde se llegara a prestar esta práctica, así como la expedición de normas en materia de transparencia y acceso a la información correspondiente al ejercicio de este tipo de procreación, por mencionar algunos.

III. DIVERSAS ACTITUDES DE LAS ENTIDADES FEDERATIVAS ANTE EL TEMA

Atendiendo al contenido de las disposiciones legales del orden familiar que los diversos estados de la República han expedido, en este capítulo se habrán de considerar primeramente algunos ordenamientos que reconocen el derecho de las personas a utilizar los métodos de reproducción asistida (como género) que, en ocasiones, hacen referencia a la gestación subrogada (como especie). La mención de las legislaciones que han regulado esta clase de gestación *ex professo*, y que además han expedido o elaborado disposiciones de mayor alcance, se realizará por separado en los apartados siguientes.

1. *Estado de México, Zacatecas y Michoacán*

Su régimen civil es ejemplo de aquellos ordenamientos en los que se prevé el derecho de los cónyuges a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, así como a “utilizar métodos de reproducción asistida” para lograr su propia descendencia.²

La redacción de los artículos 4.16 del Código Civil del Estado de México, 123 del Código Familiar del Estado de Zacatecas y 149 del Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo, respectivamente, permite concluir que a la luz de tales ordenamientos es posible llevar a cabo la gestación sustituta, aunque no se haga mención expresa respecto a ella. Lo anterior, porque refieren de una manera amplia a la tutela del derecho de los individuos a la reproducción y en materia de derechos humanos no hay lugar a interpretaciones restrictivas.³ No obstante, es posible que, frente al paso del tiempo y ante los eventuales avances de la ciencia, alguna de las

² Vale la pena destacar que los códigos civiles de Michoacán y Zacatecas mencionan que se trata de “cualquier método” de reproducción asistida.

³ Ésta es la postura de la que parte, por ejemplo, la iniciativa para expedir la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Michoacán de Ocampo, a la que se hará referencia más adelante.

TRHA no resulte recomendable en el futuro, ya sea en términos de salud pública, reproductiva, o por alguna otra razón legalmente justificada, y, en ese caso, el texto respectivo requeriría de precisión para generar certeza jurídica en los destinatarios de la norma.

Además, el artículo 4.112 del Código Civil del Estado de México dispone que "...la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial sólo podrá efectuarse con el consentimiento de la mujer a quien haya de practicarse dicho procedimiento...", aunado a que toda mujer casada, para ser inseminada, requiere del consentimiento de su cónyuge.

De igual forma, el artículo 290 del Código Familiar del Estado de Zacatecas establece que no está permitido "...desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba [el] cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos". Otro aspecto que se debe destacar de dicha legislación es que ésta dispone en su artículo 246 que entre el hijo producto de la reproducción asistida y los cónyuges o concubinos que hubieren procurado el nacimiento existirá parentesco por consanguinidad.

Por su parte, el artículo 327 del Código michoacano dispone que habrá parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y quienes la consientan.

De lo anterior es posible concluir que en el Estado de México, Zacatecas y Michoacán está permitido el acceso a la gestación por sustitución, por el solo hecho de que ésta es una de las TRHA a las que pueden acudir las personas, en ejercicio de sus derechos reproductivos; empero, habrá de expedirse la legislación especial que complementa tales disposiciones.

2. Colima

El artículo 267, fracción XX, del Código Civil para el Estado de Colima prevé como causal de divorcio el empleo de métodos de fecundación asistida realizado sin el consentimiento del cónyuge respectivo, lo que también nos permite concluir, de manera general, que el acceso a dichas técnicas se encuentra permitido. Esto se corrobora al tenor de lo dispuesto en el artículo 410-B, fracción V, del Código en comento, el cual autoriza la adopción plena del "...producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una *madre sustituta* que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción".

3. *Querétaro*

La legislación civil del estado alude a las TRHA bajo una perspectiva acotada, en la que se excluye a la gestación subrogada debido a que contempla la adopción de embriones, tal como se verá a continuación.

El artículo 22 del Código Civil del Estado de Querétaro establece que “...desde el momento que un individuo es concebido de manera natural o por medio de las técnicas de reproducción asistida, queda bajo la protección de la ley y se le tiene por nacido para los efectos declarados en el... Código”. El citado artículo dispone que “...la persona producto de una inseminación artificial o procreación asistida, con contribución de donante o donantes...”, cuando adquiera la mayoría de edad, tendrá el derecho “...de conocer la identidad de sus padres biológicos...”. Por su parte, el artículo 312, fracción III, del Código en cita dispone que los “...hijos nacidos como producto de la aplicación de las técnicas de reproducción asistida...” se presumen de los cónyuges, “...siempre y cuando no haya sido revocado el consentimiento [otorgado] para ello...”. Sin embargo, la disposición a destacar en este caso es el artículo 399, que contempla la adopción de embriones; ésta consiste en “...el procedimiento mediante el cual, un embrión, fruto del óvulo de una mujer y del espermatozoide de un hombre, es transferido al útero de otra mujer para completar el ciclo necesario de su gestación y posterior nacimiento, con el fin de ser considerado hijo de ella, de ella y de su cónyuge o de ella y de su concubino”. Como se podrá observar, tal figura coincide con el propósito de la gestación por sustitución, de ahí que esta última no tenga aplicación en el Estado.⁴

A través de lo anterior se puede observar cómo es que una misma problemática se atiende de maneras diversas por el legislador local, en ejercicio de su soberanía (autonomía) y también en aras de generar condiciones favorables y certidumbre legal en su población.

4. *Sonora*

El Código de Familia para el Estado de Sonora prevé la posibilidad de ejercer el derecho a la reproducción acudiendo a las técnicas que nos ocupan, sin referirse expresamente ni normar lo relativo a la gestación subrogada. Su artículo 213 señala que “La filiación consanguínea es el vínculo de

⁴ Lo anterior se desprende del artículo 400 del Código Civil, el cual establece que las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión.

parentesco que surge de la relación genética entre dos personas, por el solo hecho de la procreación, incluyendo la reproducción asistida con material genético de ambos padres”. Por su parte, el artículo 206 de este ordenamiento dispone que el parentesco voluntario es el que nace, entre otros supuestos, “...del nacimiento obtenido mediante técnicas de reproducción asistida, con gametos ajenos, autorizadas por los cónyuges o concubinos...”.

Por otro lado, el artículo 207 del Código prescribe que, “Cuando el embarazo se obtenga por técnicas de reproducción asistida con material genético de personas distintas de uno o ambos cónyuges o concubinos...”, estos últimos “...serán considerados como padres biológicos del niño que nazca...”, siempre que hubieren otorgado expresamente su autorización. En este sentido, conforme al artículo 208, la autorización para la reproducción asistida deberá “...hacerse ante el Director de la Clínica o Centro Hospitalario, ante notario público o por acuerdo privado suscrito ante testigos”.⁵

Por último, es de destacar que el citado artículo 207 tutela el derecho del hijo para solicitar informes sobre su padre biológico, una vez que alcance la mayoría de edad, sin que haya lugar al reclamo de algún derecho filiatorio.

5. Conclusión

El estudio de las anteriores legislaciones lleva a la conclusión de que en México resulta necesario regular esta forma de gestación de una manera adecuada y suficiente, resaltando que ello es fundamental en lo que concierne a sus alcances, sus efectos y sus posibles restricciones.

IV. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO

El estado de Tabasco fue el primero en legislar sobre este tipo de reproducción humana en México. La introducción de la gestación subrogada en su Código Civil data de 1997, tiempo en que se previó dicha clase de gestación y se reconoció la filiación para los casos derivados de la misma. Diversos autores mencionan que a partir de este momento se puede identificar una primera etapa en lo que se refiere a su práctica en el estado,⁶ misma que se

⁵ Estos instrumentos habrán de servir, entre otros fines, para establecer la paternidad o la maternidad.

⁶ Entre ellos se encuentra Gisela María Pérez. Al respecto, véase Pérez Fuentes, Gisela María, “El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre

caracterizó tanto por la patrimonialización de dicha figura (debido a que, según lo disponía la ley, ésta se realizaba al amparo de contratos en los que se pactaba abiertamente una remuneración a favor de la mujer gestante) como por el uso indiscriminado que se hizo de la misma figura por parte de padres intencionales provenientes del extranjero.

La segunda etapa comenzó a partir de la reforma publicada en el *Periódico Oficial del Estado de Tabasco* el 13 de enero de 2016, mediante la cual se incorporó al título octavo del Código Civil estatal el capítulo VI bis, denominado “De la gestación asistida y subrogada”. La reforma incluyó el concepto de reproducción humana asistida; las modalidades que admite la gestación por contrato: subrogada y sustituta; las condiciones que debe cumplir una mujer para intervenir como mujer gestante; el deber del Estado de autorizar las clínicas que realicen estas técnicas; los requisitos que deben reunir los contratos (entre los que se encuentran ser suscritos por ciudadanos mexicanos con plena capacidad de goce y ejercicio, acreditar mediante certificado médico que la mujer contratante tiene imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación, recabar el consentimiento de la mujer gestante para que se le realice la implantación de la mórula, así como dar intervención a los notarios públicos a efecto de formalizar los contratos y llevar a cabo su presentación posterior ante los jueces familiares mediante un procedimiento judicial no contencioso).⁷

Es de destacar que el artículo 92, penúltimo párrafo, del Código Civil para el Estado de Tabasco distingue entre la madre gestante sustituta, la madre subrogada y la madre contratante. La madre gestante sustituta es quien “...lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación...”, pero no el componente genético; la madre subrogada aporta para la reproducción tanto el material genético como el gestante; por otro lado, la madre contratante es “...la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso”. En este mismo numeral se contempla la presunción de la maternidad en favor de la madre contratante, tratándose de los niños nacidos a partir de la intervención de una mujer gestante sustituta.

Por otra parte, la fracción XVIII del artículo 272 del Código Civil para el Estado de Tabasco refiere como causal de divorcio el que la mujer haya empleado métodos de concepción humana artificial sin tener el consentimiento de su marido. A su vez, el artículo 327 dispone que el marido no po-

la maternidad subrogada en México”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, núm. 8, febrero de 2018, p. 70, disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.

⁷ *Ibidem*, pp. 71 y 72.

drá desconocer "...a los hijos nacidos como resultado del empleo de alguno de los métodos de reproducción artificial...", máxime si su consentimiento consta de manera fehaciente.

En cuanto al registro civil de las personas, el Código de referencia señala en los artículos 92, último párrafo, y 360 que el oficial del Registro no podrá asentar como padre a otro que no sea el marido de aquella mujer casada que hubiera dado a luz y que viva con su esposo, a menos que se trate de un hijo nacido de una mujer gestante sustituta o como resultado de un contrato de gestación sustituta.

A continuación, se destacan otras disposiciones que están relacionadas con la figura en comento. El artículo 380 bis define a la reproducción humana asistida como

...el conjunto de prácticas clínicas y biológicas para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la legislación en materia de salud, realizadas con intervención de personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos, además de la reproducción de cigotos y embriones, que permitan la procreación fuera del proceso biológico natural de la pareja infértil o estéril.

El numeral 380 bis 2 menciona entre las formas de gestación por contrato a la gestación subrogada, la cual implica la inseminación de la mujer gestante, quien aporta sus propios óvulos y que, después del parto, entregará al recién nacido a la madre contratante.

El artículo 380 bis 3 impone a la Secretaría de Salud estatal determinar, previamente a la contratación, el perfil clínico, psicológico y social de la mujer gestante, a fin de comprobar que su entorno social es estable, libre de violencia y que su condición física y psicológica es favorable para el desarrollo de la gestación. Se prohíbe la contratación de mujeres gestantes que padezcan "...alcoholismo, drogadicción, tabaquismo o alguna toxicomanía...". Asimismo, para ser contratada como mujer gestante, se requiere tener entre 25 y 35 años de edad; gozar de buena salud biopsicosomática; otorgar su consentimiento para ser gestante subrogada o sustituta; haber adquirido plena información acerca del proceso, previo a la manifestación del consentimiento; acreditar mediante certificado médico expedido por una institución pública que no estuvo embarazada durante los 365 días anteriores a la implantación de la mórula y que no ha participado en más de 2 ocasiones consecutivas en un procedimiento semejante. El numeral 380 bis 5 dispone que la mujer contratante deberá demostrar mediante certificado médico oficial su imposibilidad física o la contraindicación médica para llevar a cabo la

gestación y que tiene entre 25 y 40 años de edad. Todo esto, como requisitos para el contrato de gestación a suscribir ante notario público, a fin de que luego sea aprobado por el juez competente y notificado a la Secretaría de Salud local.⁸

La relación contractual termina con el nacimiento y la entrega del niño. El artículo 380 bis 7 faculta a la mujer gestante a "...demandar a la madre y al padre contratantes el pago de gastos médicos, en caso de patologías genéticas y las que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y posnatal".

Independientemente de que a partir de 2016 se busca revertir el hecho de que el estado se haya convertido en un sitio propicio para el "turismo reproductivo", se observa que el debate en esta materia no puede considerarse concluido, ya que en la actualidad la discusión se centra en la inconstitucionalidad y la falta de concordancia en términos de convencionalidad de las disposiciones legales que permiten el acceso a esta práctica únicamente a cónyuges o concubinos (como parejas de distinto sexo); el que la legislación no haya contemplado los derechos del niño a conocer a la persona que lo gestó, e incluso existe la intención de prohibir esta práctica, como lo propone la "Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se deroga el capítulo VI bis denominado «De la gestación asistida y subrogada»... del Código Civil para el Estado de Tabasco", presentada por el diputado Charles Méndez Sánchez, del Partido de la Revolución Democrática, en marzo de 2017, la cual se sustenta en razonamientos relativos a los inconvenientes de la gestación subrogada, la mercantilización que de una u otra manera se ha favorecido con la práctica de este método de reproducción, incluido el hecho de que en los casos de gestación subrogada no se están garantizando otros derechos (colaterales), como el derecho a la vivienda, a la alimentación, a la cultura física, etcétera.⁹

V. LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE SINALOA

El Código Familiar del Estado de Sinaloa, en su artículo 282, define a la reproducción humana asistida como

⁸ Un efecto del contrato es reconocer el vínculo entre "los contratantes y el feto".

⁹ Poder Legislativo del Estado Libre y Soberano de Tabasco, "Iniciativa con Proyecto de Decreto por el que se deroga el capítulo VI bis denominado «DE LA GESTACIÓN ASISTIDA Y SUBROGADA»; integrado por los artículos 380 bis; 380 bis 1; 380 bis 2; 380 bis 3; 380 bis 4; 380 bis 5; 380 bis 6 y 380 bis 7, al título octavo «DE LA FILIACIÓN», perteneciente al libro primero del Código Civil para el Estado de Tabasco", México, disponible en: http://documentos.congresotabasco.gob.mx/2017/transparencia/especifico/fraccion_XI/iniciativas/155.

...las prácticas clínicas y biológicas, para la creación de un nuevo ser humano, logrado mediante el conjunto de técnicas científicamente acreditadas y autorizadas por la Secretaría de Salud, y realizadas con la intervención del personal de la salud, constituidas por métodos de fertilización de células germinales, gametos de uno o ambos sexos; además de la reproducción de cigotos y embriones que permita la procreación fuera del proceso natural de la pareja infértil o estéril.

El artículo 283 del mismo Código incorpora la gestación subrogada y la define como la práctica médica a través de la cual

...una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero y es subrogada por una mujer gestante que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.

En el artículo 284 del Código en cita se enuncian las modalidades de la gestación sustituta que tienen aplicabilidad en el estado, tales como la subrogación total, la subrogación parcial, la subrogación onerosa y la subrogación altruista.

Es de destacar que en los artículos 283, 285, 291 y 292 del mismo Código se establecen de manera puntual los requisitos para ser mujer subrogada gestante, consistentes en que la mujer sea de entre 25 y 35 años de edad; haya tenido al menos un hijo consanguíneo sano; cuente con una buena salud psicosomática; otorgue su consentimiento voluntario para prestar su vientre; no "...padezca alcoholismo, drogadicción, tabaquismo..." o alguna otra toxicomanía; acredite mediante examen médico "...que no estuvo embarazada durante los trescientos sesenta y cinco días previos a la implantación... y que no ha participado en más de dos ocasiones consecutivas..." en un procedimiento semejante; compruebe que su entorno familiar es estable, libre de violencia y que su condición económica y social es favorable para el adecuado desarrollo del producto, y que se practique, junto con los padres "subrogatorios", los estudios que establezca la Secretaría de Salud, necesarios para garantizar su salud.

En la parte relativa de los artículos 286, 287 y 290 del Código en comentario se establece que la gestación subrogada constará en un instrumento a suscribir por las partes, quienes habrán de poseer capacidad de goce y ejercicio, deberán ser ciudadanos mexicanos y que la madre subrogada deberá acreditar, mediante certificado médico expedido por el médico tratante, su "...imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero". El artículo 287 establece, entre otros requisitos, la parti-

cipación y suscripción por parte de la madre y el padre subrogados, la mujer gestante, el intérprete (si fuera necesario), el notario público y el director de la clínica o centro hospitalario, así como los datos referentes al lugar, año, mes, día y hora en que se otorga. Tal como lo ordena el numeral 293, este instrumento deberá ser notificado a la Secretaría de Salud para sus efectos y al oficial del Registro Civil, a fin de que el niño "...sea contemplado en su filiación como hijo..." de la madre y padre o madre subrogados. En este instrumento, la mujer gestante deberá otorgar su consentimiento para que se lleve a cabo en ella la implantación de la mórula, a fin de procurar "...el bienestar y el sano desarrollo del feto durante el período gestacional...", y manifestar su conformidad de concluir la relación de subrogación respecto a los padres subrogados y el niño gestado una vez que tenga lugar el nacimiento; lo anterior, por mandato del artículo 290 del Código antes señalado.

Por otra parte, procederá la nulidad de este instrumento cuando exista algún vicio de la voluntad sobre la identidad de las personas y cuando se incumplan los requisitos y formalidades establecidos en el propio Código, así como en aquellos casos en que se establezcan en el instrumento relativo cláusulas que atenten contra el interés superior del niño, la dignidad humana o se contravenga el orden social y el interés público. Sin embargo, es importante mencionar que la declaración de nulidad del instrumento correspondiente no exime a las partes de los compromisos y las responsabilidades adquiridos, conforme al artículo 288 del cuerpo legal de referencia. En este contexto, de acuerdo con el artículo 296, la mujer gestante tiene el derecho de "...demandar civilmente a la madre y al padre subrogados, el pago de gastos médicos, en caso de patologías que deriven de una inadecuada atención y control médico prenatal y postnatal".

Otros numerales que se deben destacar de este cuerpo legal son los artículos 294 y 297, que establecen la obligación del "...médico autorizado o tratante que haya asistido a la mujer gestante en el nacimiento..." para expedir el certificado respectivo, en el que se señalará que la gestación es producto de la aplicación "...de una técnica de apoyo a la reproducción humana...", y que dicho profesional de la salud se hará acreedor a las responsabilidades civiles y penales conducentes "...si realiza la implantación o fecundación de embriones humanos sin el consentimiento y plena aceptación de las partes que intervienen".

VI. CIUDAD DE MÉXICO: LA LEY QUE NO FUE

En la normatividad de la Ciudad de México se reconoce el derecho de los cónyuges de "...decidir de manera libre, informada y responsable el número

y espaciamiento de sus hijos, así como emplear... *cualquier método de reproducción asistida*, para lograr su propia descendencia...”; lo anterior, conforme al párrafo segundo del artículo 162 del Código Civil para el Distrito Federal. El acceso a esos métodos se tutela no sólo para los matrimonios formados por parejas de distinto sexo, sino también para los de personas del mismo sexo y para los concubinos, en términos de los artículos 146 y 291 Ter del citado Código. En este contexto, vale la pena señalar que no se permite el acceso a las TRHA a personas que no tienen pareja, independientemente de su sexo, y que no existe la posibilidad de que un hombre acuda a estas técnicas.¹⁰

La gestación subrogada habrá de considerarse, por lo tanto, como una práctica permitida por esta legislación, ya que es uno de los métodos de reproducción asistida a que se alude en el artículo 162 antes mencionado. En términos de dicho precepto legal, se observa que el derecho de pactar la subrogación está supeditado a “lo que establezca la ley”. Sin embargo, la legislación especial no ha sido expedida, ya que la iniciativa correspondiente se aprobó, pero no fue publicada; esta situación evidentemente no ha restringido el que se acuda a los procedimientos médicos respectivos ni ha impedido el ejercicio de este derecho, en ausencia de la normatividad necesaria.

La “Iniciativa de Decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada para el Distrito Federal” se presentó el 26 de noviembre de 2009 ante la V Asamblea Legislativa del Distrito Federal. Dentro de sus disposiciones a resaltar¹¹ se encuentran el artículo 2o., que establece que la gestación subrogada “...se realizará mediante la transferencia de embriones humanos, producto de la fecundación... a una persona para que lleve la gestación... proceso [que] se efectuará a favor de una o dos personas solicitantes, con quien o quienes al término del embarazo se generan los lazos de filiación...”, además de que se realizará en aras de proteger “...la dignidad de las personas que sean parte de esta práctica y el interés superior del niño...” y sin fines de lucro.

Asimismo, es de destacar el artículo 4o., que señala que la reproducción asistida sólo se podrá llevar a cabo en “...instituciones de salud públicas o privadas que cuenten con la autorización...”; el artículo 9o., donde se prohí-

¹⁰ En estricto sentido, ello se aparta de lo preceptuado en el artículo 4o. de la Constitución federal, que no establece limitaciones al respecto.

¹¹ Esto es en su versión final, ya que, tal como se señala en el “Dictamen de las observaciones del jefe de Gobierno del Distrito Federal al Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal”, el documento último difiere del inicial en un 90%. Al respecto, véase Asamblea Legislativa del Distrito Federal, “Dictamen de las observaciones del jefe de Gobierno del Distrito Federal al Decreto que expide la Ley de Gestación Subrogada del Distrito Federal”, México, p. 5, disponible en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-4545221cd612526e661293473b35bc67.pdf>.

be al médico tratante realizar una transferencia de embriones sin que exista un instrumento para la gestación subrogada; los artículos 14 y 18, que establecen los requisitos para suscribir ante notario público el instrumento para la gestación por sustitución; el artículo 16, que dispone que la “...gestante preferentemente deberá tener algún parentesco por consanguinidad, afinidad o civil...” con alguno de los solicitantes; el artículo 20, que determina las obligaciones a pactar en el momento en que las partes otorguen su consentimiento, y el artículo 24, que dispone que “El instrumento para la Gestación Subrogada... deberá ser notificado por el Notario Público a la Secretaría de Salud para que lo registre en la base de datos...” correspondiente.

Las comisiones dictaminadoras suscribieron en lo general y en lo particular la iniciativa, por lo que el dictamen fue aprobado por el Pleno de la Asamblea el 30 de noviembre de 2010 y remitido al jefe de Gobierno para su promulgación y publicación; pero esto último no se efectuó debido a argumentos poco concluyentes. Se mencionó que, en uso de sus facultades, el ejecutivo local lo devolvía con observaciones, a pesar de reconocer la importancia del asunto y de coincidir en varios aspectos; igualmente, expuso la imposibilidad jurídica de publicar la ley ocho meses después de lo previsto, ya que el dictamen marcaba como inicio de su vigencia el 1o. de enero de 2011, fecha que ya se había rebasado, y, por último, que incluía aspectos de competencia federal.¹² El 9 de noviembre de 2011, las comisiones dictaminadoras determinaron precedentes y de aprobarse las modificaciones realizadas a partir de las observaciones remitidas por el jefe de Gobierno del Distrito Federal, pero el proceso legislativo no se concluyó.¹³ De esta manera, se quedaron sin resolver todos los problemas que implica el ejercicio de la gestación subrogada en la ciudad capital, situación que prevalece hoy en día, en perjuicio de todos los individuos e instituciones involucrados.

VII. INICIATIVAS DE REFORMA

En las iniciativas que existen a la fecha, tanto a nivel federal como a nivel estatal, se observan dos tendencias: prohibir esta práctica o, en su caso, regularla.

¹² *Ibidem*, pp. 2-4.

¹³ Mediante la “moción de censura” acordada por dicha Asamblea, el 20 de diciembre de 2011 se envió a “nuevo tratamiento” en Comisión. *Cf.*: 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-anotaciones-sobre-los-problemas-de-derecho-internacional-privado-respecto-a-los-contratos-internacionales-sobre-maternidad-sustitutiva>.

En el primer supuesto, en materia federal, es de mencionar la iniciativa presentada el 13 de octubre de 2015, ante la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, denominada “Proyecto de decreto por el que se adiciona el artículo 319 bis, se reforma la fracción VII y se adicionan las fracciones VIII y IX al artículo 462 a la Ley General de Salud”, impulsada, entre otros, por la senadora Mely Romero Celis, del Partido Revolucionario Institucional, que propuso prohibir en el cuerpo de la mujer la gestación por sustitución, además de imponer una sanción de 6 a 17 años de prisión y multa por el equivalente de 8,000 a 17,000 días de salario mínimo general vigente (*sic*) a las personas que participen y promuevan este tipo de gestación. Esta iniciativa fue aprobada por el Senado, reencausándola a definir la gestación subrogada y establecer que se realizará bajo estricta indicación médica, sin fines de lucro entre nacionales, mediante acuerdo, y permite la compensación de gastos médicos; incluye los delitos propuestos y se encuentra pendiente de trámite ante la Cámara de Diputados.¹⁴

En el segundo caso se tienen proyectos como el presentado ante el Senado de la República el 10 de diciembre de 2015, a cargo de un grupo de legisladoras de diversa extracción, bajo el nombre de “Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida”, el cual propone adicionar como materia de salubridad general a la reproducción humana asistida, señalando que los servicios respectivos deberán ser prestados por profesionales, en establecimientos autorizados, y que corresponde a la Secretaría de Salud emitir la norma oficial mexicana a la que se deberá sujetar su prestación; por otro lado, la gestación por sustitución, como parte de los medios para llevar a cabo servicios de reproducción humana asistida, se regulará por los ordenamientos civiles locales; define, además, a la madre gestante sustituta. El proyecto fue aprobado por el Senado y también está pendiente de trámite ante la Cámara de Diputados.¹⁵

Igualmente, se presentó la “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Sylvana Beltrones Sánchez, del Partido Revolucionario Institucional”, quien el 1o. de marzo de 2016 propuso ante la Cámara de Diputados del Congreso de

¹⁴ Senado de la República, “Proyecto de decreto por el que se adiciona el artículo 319 bis, se reforma la fracción VII y se adicionan las fracciones VIII y IX al artículo 462 a la Ley General de Salud”, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx/fichas_tecnicas/index.php?w=3&id=4385.

¹⁵ Senado de la República, “Proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida”, disponible en: http://infosen.senado.gob.mx:80/fichas_tecnicas/index.php?w=3&id=4596.

la Unión considerar como materia de salubridad general la prevención y el tratamiento de la infertilidad, y señaló que es obligación del Estado diagnosticarla, así como ofrecer soluciones a la población. El proyecto permite la gestación subrogada, excepto en aquellos casos en que tenga un carácter oneroso; prevé que el consentimiento de la gestante se otorgue ante notario público; establece que ésta debe ser mayor de edad y que sólo pueda realizar la gestación subrogada en dos ocasiones; exige un vínculo de parentesco entre alguna de las personas de la pareja contratante y la mujer gestante, y que las tres personas que intervienen en el contrato sean de nacionalidad mexicana; también incorpora un catálogo de delitos.¹⁶

Por su parte, el 23 de febrero de 2017, la diputada federal Marisela Contreras Julián presentó la “Iniciativa que reforma y adiciona la Ley General de Salud”, incorporando un nuevo capítulo denominado “Gestación subrogada”, bajo la perspectiva de protección a los derechos humanos y la salubridad general para garantizar el respeto a la dignidad humana y el interés superior del niño, por lo que no condiciona el sexo a los solicitantes. Dicha iniciativa define este tipo de gestación y dispone que no debe realizarse con fines de lucro (aunque prevé la posibilidad de indemnizar a la mujer gestante si su salud se ve afectada debido al proceso); ordena la formalización del acuerdo ante notario público a través del “Instrumento para la gestación subrogada” a expedir por la Secretaría de Salud; impone obligaciones a los médicos tratantes y a los establecimientos clínicos, así como sanciones a quienes no lleven a cabo el procedimiento prescrito en la ley.¹⁷

Otro proyecto fue presentado ante la Cámara de Diputados federal el 20 de febrero de 2018, que estuvo a cargo de la diputada Araceli Madrigal Sánchez, del Partido de la Revolución Democrática, y que llevó por título “Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de reproducción asistida”. Éste busca impedir la eventual mercantilización de los recién nacidos y respetar el interés superior del niño, así como la dignidad humana de las madres gestantes; considera como materia de salubridad general la prevención y el tratamiento de la infertilidad; incorpora definiciones, reglas para los establecimientos médicos, así como requisitos para las personas que requieran de un tratamiento;

¹⁶ Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, “Iniciativa que reforma y adiciona diversas disposiciones de la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Sylvana Beltrones Sánchez, del Grupo Parlamentario del PRI”, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XIX, núm. 4479-IV, 1o. de marzo de 2016, pp. 94-104, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

¹⁷ Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, “Iniciativa que reforma y adiciona la Ley General de Salud, a cargo de la diputada Marisela Contreras Julián, del Grupo Parlamentario del PRD”, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XX, núm. 4726-VII, 23 de febrero de 2017, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

prohíbe la clonación, implantes específicos, la producción y utilización de embriones con fines de experimentación, la implantación de más de tres embriones en cada ciclo y la selección de sexo (a menos que sea para evitar una enfermedad hereditaria grave).¹⁸ Es de mencionar que dicha iniciativa fue declarada concluida por vencer el plazo para ser dictaminada.¹⁹

En este contexto es importante mencionar el “Punto de Acuerdo, por el cual se exhorta a los congresos locales a expedir la legislación que regule la maternidad y gestación subrogadas, a fin de asegurar el interés superior de la niñez y la protección de los derechos humanos de las progenitoras”, impulsado por la diputada federal Juana Aurora Cavazos Cavazos, del Partido Revolucionario Institucional, del 15 de marzo de 2016, el cual sostiene que México es el país más accesible del mundo frente al tema de la gestación subrogada, ya que sus leyes locales son vagas e imprecisas, por lo que se pronuncia en el sentido de que en las entidades federativas que permiten la subrogación de vientres se establezca un sistema integral que norme su realización y garantice la protección ante cualquier riesgo físico, biológico o mental, e incluya la regulación de conceptos como paternidad, filiación, patria potestad, tutela, adopción, nacionalidad, entre otras figuras. En este sentido, se exhorta a los congresos de Tabasco y Sinaloa para que realicen modificaciones a sus códigos civiles y, a su vez, a los congresos de las entidades federativas restantes a pronunciarse y legislar de manera suficiente sobre la gestación subrogada.²⁰

En el ámbito local fue presentada una iniciativa ante la LXXIII Legislatura del Congreso del Estado de Michoacán, que estuvo a cargo de la diputada Mary Carmen Bernal Martínez, del Partido del Trabajo, quien a través de la expedición de la Ley de Maternidad Subrogada para el Estado de Michoacán de Ocampo propone reglamentar esta materia, con especial atención en el interés superior del niño, los derechos humanos de la mujer y en aquellos que son inherentes a la persona. Esta iniciativa concibe a la maternidad sub-

¹⁸ Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, “Iniciativa que reforma, adiciona y deroga diversas disposiciones de la Ley General de Salud en materia de reproducción asistida”, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XXI, núm. 4969-III, 20 de febrero de 2018, pp. 59-65, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

¹⁹ *Ibidem*, núm. 5133-III, 11 de octubre de 2018, pp. 94, 314 y 504, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/PDF/64/2018/oct/20181011-III.pdf>.

²⁰ Cámara de Diputados, LXIII Legislatura, “Proposición con punto de acuerdo, por el cual se exhorta a los congresos locales a expedir la legislación que regule la maternidad y gestación subrogadas, a fin de asegurar el interés superior de la niñez y la protección de los derechos humanos de las progenitoras, a cargo de la diputada Juana Aurora Cavazos Cavazos, del Grupo Parlamentario del PRI”, *Gaceta Parlamentaria*, México, año XIX, núm. 4489-VI, 15 de marzo de 2016, pp. 79-82, disponible en: <http://gaceta.diputados.gob.mx/>.

rogada como la práctica médica auxiliar, sin fines de lucro, para la procreación entre personas unidas por matrimonio, sociedad de convivencia o concubinato; establece un catálogo de definiciones y determina que su ámbito de aplicación son las instituciones de salud pública o privada autorizadas para realizar la implantación de mórulas humanas; dispone que los médicos tratantes solamente implantarán dichas mórulas cuando de manera previa exista un “instrumento para la maternidad subrogada” firmado por las partes (que deberán ser michoacanos con capacidad de goce y ejercicio), certificando además diversas situaciones referidas en la ley. En cuanto al consentimiento, esta iniciativa menciona que las partes deberán otorgarlo ante notario público a través del citado instrumento, mismo que posteriormente será notificado a la Secretaría de Salud y al Registro Civil (en este último caso será para establecer la filiación).

Por último, el 15 de noviembre de 2018 fue presentada por la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila una “Iniciativa con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en Materia de Reproducción Asistida”. Dado que la propuesta corresponde a los aspectos de salubridad atinentes a la procreación asistida, el proyecto no contiene un régimen legal específico para la gestación por sustitución.²¹ En cambio, dicho proyecto resalta los problemas que genera la infertilidad humana; reconoce el derecho de las personas a la salud y de los medios para atender a dicha problemática; contempla los referentes de la Organización Mundial de la Salud, así como los criterios jurisprudenciales de la CoIDH. Por ello, la propuesta va en el sentido de regular efectivamente los establecimientos donde se realizan las prácticas de reproducción para poder controlar y vigilar su actuar. Asimismo, este proyecto define a la reproducción asistida y a las técnicas de reproducción; establece los requisitos aplicables a las personas que requieran de ese servicio, tales como ser mayores de 18 años con capacidad de ejercicio, realizar el consentimiento informado y por escrito, poseer bienestar físico y mental, así como cumplir con los protocolos que para el efecto establezcan los lugares en que se realice el procedimiento. Igualmente, dicho proyecto prohíbe la clonación; la selección del sexo, a menos que esté probado que con ello se evite una enfermedad hereditaria agravada en razón del sexo; implantar más de tres embriones; la producción y utilización de embriones no provenientes de la misma pareja, y la producción de híbridos o quimeras. También se contempla la creación de un Registro Nacional de Reproducción Asistida.

²¹ Aun cuando señala estos medios de reproducción y entre ellos hace mención de la gestación subrogada.

Tal como se puede observar, el número de las iniciativas es considerable, su contenido es variado y en ellas se percibe una evolución en cuanto a los tópicos a abordar, bajo perspectivas que incorporan conceptos jurídicos de reciente aplicación para esta figura, además de que existe una preocupación por que las entidades federativas expidan la normatividad correspondiente. Sin embargo, se considera que el asunto más importante a atender es precisamente el que se emita la legislación necesaria, en la que primeramente queden bien definidas las competencias que corresponden tanto al ámbito federal como al local respecto de la gestación subrogada (desde el punto de vista del derecho a la salud y de la salubridad, incluidos todos los elementos clínicos, procedimientos, órganos, tejidos, donación, trasplantes e investigaciones, etcétera). Esto debe hacerse mediante una ley especial o mediante reformas a la LGS. Asimismo, se debe expedir, precisar y, de ser posible, armonizar por parte de los congresos locales la legislación civil necesaria tendiente a regular todos los aspectos que se derivan de esta materia, como es el caso de la nacionalidad, la filiación, el acuerdo de voluntades, los derechos hereditarios, el cumplimiento de los acuerdos, etcétera. También será necesario normar los elementos fundamentales que regirán el acceso a la información sobre la práctica de la gestación por sustitución, principalmente en lo que se refiere a datos médicos y estadísticos respecto de los procedimientos y sobre los sujetos involucrados.

VIII. LOS CRITERIOS JUDICIALES MÁS RECIENTES EN LA MATERIA

El 26 de septiembre de 2018, la Sala de Prensa de la SCJN señaló que la Primera Sala analizará el amparo sobre legislación que regula procesos de reproducción asistida en Tabasco²² en el expediente relativo a la reasunción de competencia 174/2017, bajo la ponencia del ministro Arturo Zaldívar. En este asunto, una persona moral combatió en la demanda de amparo la constitucionalidad de diversos artículos del Código Civil para el Estado de Tabasco.

En su impugnación, la quejosa —reiterando que se trataba de una persona jurídica— argumentó que los artículos impugnados le impedían desarrollar su principal objeto social, consistente en la prestación de servicios de reproducción asistida, al considerar nulo todo contrato de reproducción asistida en el que “intervengan agencias, despachos o terceras personas”. La quejosa consideraba que se había violado su derecho a la libertad de trabajo

²² SCJN, Comunicado de prensa 113/2018, 26 de septiembre de 2018, disponible en: <http://www.internet2.scn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5758>.

y de comercio, porque la legislación combatida establecía a las partes contratantes el requisito de ser ciudadanos mexicanos, impidiéndole la prestación de sus servicios a personas extranjeras, toda vez que con ello se vulneraban los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación de dichas personas, al afectar el derecho a procrear hijos con base en una distinción arbitraria basada en su nacionalidad.

El 4 de julio de 2017, el juez de distrito resolvió sobreseer la demanda de amparo, al estimar que la promovente carecía de interés legítimo para interponerla. En contra de lo anterior, esta última interpuso un recurso de revisión. Por ello, la Primera Sala resolvió reasumir su competencia originaria para conocer del recurso de revisión, al considerar que, una vez que determinara si la quejosa cuenta con interés legítimo para promover la demanda de amparo, esto permitiría analizar si la legislación que regula los procesos de reproducción asistida en el estado de Tabasco da la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes, además de establecer si es violatoria de los derechos respecto de la libertad de trabajo, la igualdad y la no discriminación.

Por otro lado, en sesión del 21 de noviembre de 2018, la Primera Sala de la SCJN resolvió el amparo en revisión 553/2018. La temática tiene que ver con un matrimonio de personas del mismo sexo, quienes, mediante la gestación por sustitución, lograron que con el esperma de uno de ellos y el óvulo de una donante anónima se gestara un bebé. Con el argumento del nexo biológico, ellos solicitaron al Registro Civil de Yucatán la inscripción del niño con los apellidos de ambos integrantes del matrimonio. La autoridad negó el registro bajo el argumento de que la legislación en la materia no lo preveía, y que el derecho al nombre devenía del parentesco por consanguinidad, que surge de la relación genética entre el niño y sus progenitores. Los inconformes promovieron un amparo, en el que el 31 de agosto de 2016 el juez de distrito determinó que “no se podía reconocer el vínculo filial entre el menor y la pareja debido a la imposibilidad de verificar si se habían respetado las garantías mínimas en la práctica del vientre subrogado e, incluso, que con la documentación exhibida no era posible acreditar que el menor había sido concebido mediante dicha práctica”. Es de resaltar el hecho de que la misma sentencia aclara que tal determinación no implicaba que la “gestación mediante vientre subrogado fuera ilegal”, sino que “debía darse un seguimiento eficaz a dicho método y el registro del menor debía hacerse previa autorización judicial o mediante el procedimiento de adopción”. En contra de esta sentencia, la pareja interpuso el recurso de revisión, que fue atraído por la Primera Sala de la SCJN. El máximo tribunal concedió el amparo para que el niño fuera registrado como hijo de los quejosos, por considerar que de esta

forma se garantizaría la vigencia del derecho del niño a tener una identidad; además, reconoció el derecho de los quejosos a su vida privada y a procrear mediante el acceso a las TRHA y el derecho de la mujer gestante —en su calidad de tercera interesada— a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad, toda vez que la Corte consideró la capacidad que tienen para decidir respecto a sus procesos reproductivos. Con ello es posible afirmar que el más alto tribunal mexicano reconoce la validez de este tipo de contratos.²³

IX. CONCLUSIONES

El derecho debe ofrecer soluciones eficaces a los diversos problemas que implica la gestación subrogada, a través de la expedición y el perfeccionamiento de las normas que en México la consideran como parte del derecho humano a la reproducción, así como regular los diversos aspectos civiles que se derivan de dicha figura. En este sentido, las entidades federativas tienen un papel protagónico, pues serán ellas quienes emitan la parte sustancial de las normas a través de las cuales se dé solución a las diversas lagunas jurídicas existentes. A nivel federal se debe urgir a las instancias legislativas dar trámite a las reformas pendientes a la LGS o a la expedición de un ordenamiento especial.

La normatividad debe considerar como su eje rector los derechos de las mujeres que participan en el proceso, del niño nacido a partir de estas técnicas, e incluso del varón que funge como padre intencional, así como los aspectos medulares de la reproducción asistida, principalmente en lo que corresponde a la gestación subrogada, no sólo como forma reproductiva, sino también como figura legal. Indudablemente, cualquier regulación en esta materia tiene sus aristas; pero mantener una postura de equilibrio racional entre los derechos referidos ayudará a lograr los niveles de protección y certeza jurídica que se requieren para todos los que intervienen en el ejercicio de esta vía de procreación.

X. BIBLIOGRAFÍA

ARÁMBULA REYES, Alma, *Maternidad subrogada*, México, Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, LX Legislatura, 2008, disponible en: <http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-14-08.pdf>.

BRENA SESMA, Ingrid, “La maternidad subrogada ¿es suficiente la legislación civil vigente para regularla?”, *Revista de Derecho Privado*, México, núm. 1, 2012.

²³ SCJN, Comunicado de prensa 150/2018, 21 de noviembre de 2018, disponible en: <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/noticia.asp?id=5795>.

- 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://revistacentifica.uamericana.edu.py/index.php/revistajuridica/article/view/241/170>.
- Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, versión revisada y preparada por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology (ICMART) y la Organización Mundial de la Salud (OMS), trad. de Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010, disponible en: https://www.who.int/reproductivehealth/publications/infertility/art_terminology_es.pdf.
- HERNÁNDEZ RAMÍREZ, Adriana y SANTIAGO FIGUEROA, José Luis, “Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, nueva serie, año XLIV, núm. 132, septiembre-diciembre de 2011, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/4720/6071>.
- MARTÍNEZ MARTÍNEZ, Verónica Lidia, “Maternidad subrogada. Una mirada a su regulación en México”, *Dikaion*, Colombia, vol. 24, núm. 2, diciembre de 2015, disponible en: <http://www.redalyc.org/html/720/72045844007/>.
- MORENO RUEDA, Tania *et al.*, “Análisis de la maternidad subrogada en Tabasco desde la perspectiva de género”, *Género & Direito*, Brasil, vol. 6, núm. 3, 2017, disponible en: <http://www.periodicos.ufpb.br/index.php/ged/article/view/35355/19338>.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “El acto jurídico normativo. Una propuesta normativa ante los casos trágicos sobre la maternidad subrogada en México”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Valencia, núm. 8, febrero de 2018, disponible en: <http://roderic.uv.es/bitstream/handle/10550/67249/59-79.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- 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-anotaciones-sobre-los-problemas-de-derecho-internacional-privado-respecto-a-los-contratos-internacionales-sobre-maternidad-sustitutiva>.
- SERRANO HEREDIA, Gabriela Albertina, “La maternidad subrogada. Una crítica a la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal”, *Perspectivas contemporáneas desde la investigación en ciencias sociales*, México, 2017, disponible en: <http://ciisc.mx/wp-content/uploads/2017/10/Perspectivas-contempor%C3%A1neas-desde-la-investigaci%C3%B3n-en-ciencias-sociales.pdf#page=57>.

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 LGDNNa, 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-anotaciones-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>.

CAPÍTULO DECIMOTERCERO

OTRAS NORMAS QUE INCIDEN EN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN MÉXICO

Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Normas de fuente internacional*. III. *Normas de fuente interna*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La fecundación *in vitro* apareció en el horizonte de la ciencia médica en los años sesenta del siglo XX¹ y la británica Louise Brown, primer “humano de probeta”, nació en 1978.² Así, si bien no es aventurado afirmar que los métodos de reproducción asistida son un fenómeno reciente en el devenir humano,³ tampoco lo es asegurar que han estado suficiente tiempo en boga —más de cincuenta años— como para haberse convertido en fuente material del derecho.⁴ No obstante, la normatividad sobre la reproducción asistida, en general, y la gestación por sustitución, en especial, es escasa.

¹ Coroleu Lletget, Buenaventura, “30 años de reproducción asistida en España”, en Bacino, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 30 y 31.

² Walsh, Fergus, “30th Birthday for First IVF Baby”, *BBC News*, Reino Unido, 14 de julio de 2008, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/health/7505635.stm>.

³ Vale recordar que, como lo apunta Harari, hace 6 millones de años vivió en la Tierra la última “abuela” común de humanos y chimpancés; hace 2 millones y medio de años evolucionó el género *Homo* en África, y, gracias a la evolución, hace 200,000 años aparece el *Homo sapiens* en África Oriental. Harari, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, Debate, 2014, p. 11.

⁴ Como ejemplo de las actividades humanas que, en poco tiempo, han sido reguladas a nivel internacional está la exploración del espacio exterior, que en enero de 1967 fue objeto del Tratado sobre los principios que deben regir las actividades de los Estados en la exploración y utilización del espacio ultraterrestre, incluso la Luna y otros cuerpos celestes. Dos años después, el Apolo 11 se posó sobre la superficie lunar.

El objetivo de este capítulo es identificar aquellas normas, tanto de derecho internacional como doméstico, que implican el parámetro de legalidad dentro del cual la gestación por sustitución puede tener lugar en México. En este sentido, tales normas contribuyen a completar el panorama de la regulación mexicana presentado en la tercera parte de esta obra.

II. NORMAS DE FUENTE INTERNACIONAL

Hoy en día no existen instrumentos internacionales sobre gestación por sustitución,⁵ pero gracias al fraseo de algunas declaraciones y tratados es posible encuadrar la actividad dentro de sus objetos de regulación.

El primero de tales instrumentos es la DUDH,⁶ cuyo artículo 16 establece, entre otras cosas, que hombres y mujeres tienen el derecho a fundar una familia. Aun teniendo el carácter de *soft law*,⁷ la declaración significa, dentro del orden mundial surgido con posterioridad a la Segunda Guerra Mundial, el punto de partida de los derechos reproductivos y, por ende, también de la gestación por sustitución.

Si se asume que el concepto “familia” es unívoco y compartido universalmente, los alcances del derecho aludido no presentan problema alguno, pero desafortunadamente el término es vago. Los instrumentos vinculantes posteriores a la DUDH comparten este inconveniente y, por eso, este punto será brevemente tratado más adelante.

Esta sección comenzará contextualizando los tratados en materia de derechos humanos y su relación con la CPEUM, para luego referirse a varios de ellos y, finalmente, hará alusión a un caso resuelto por la CoIDH, cuya jurisprudencia obliga a los jueces mexicanos mientras sea más favorable a la persona.

⁵ González Martín, Nuria y Albormoz, 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>.

⁶ Adoptada por la Asamblea General en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

⁷ “Una declaración de la Asamblea General de las Naciones Unidas adquiere la naturaleza de resolución que, como resolución de cualquier asamblea, no tiene por sí misma fuerza legal. En cambio, los pactos, convenciones y tratados (más o menos términos intercambiables) son acuerdos por medio de los cuales las naciones asumen obligaciones legalmente vinculantes”. Glendon, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011, p. 140. También véanse Damrosch, Lori Fisler *et al.*, *International Law. Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West Group, 2001, pp. 142-158; Nguyen, Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 8a. ed., París, Lextenso Éditions, 2009, pp. 422-431.

1. *Tratados de derechos humanos y su relación con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

A diferencia de la DUDH, los tratados internacionales son vinculantes, es decir, sí generan obligaciones para el Estado mexicano y su incumplimiento conlleva responsabilidad internacional. Además, por motivo de lo establecido en el artículo 133 constitucional, los tratados internacionales conforman la “Ley Suprema de toda la Unión” y, según lo dispuesto por el artículo 1o., en aras de expandir las prerrogativas de las personas, tienen como efecto adicionar el catálogo de derechos humanos de la carta magna. La SCJN ha interpretado la relación entre Constitución y tratados internacionales con derechos humanos de la siguiente forma:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.⁸

⁸ Tesis P./J. 20/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 202.

2. *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*

Adoptado por la ONU a finales de 1966,⁹ el PIDCP es el primer instrumento de corte universal que reconoce el derecho a fundar una familia. Es de utilidad para este trabajo transcribir el artículo relevante a continuación:

Artículo 23

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen edad para ello.

3. El matrimonio no podrá celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes en el presente Pacto tomarán las medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos.

Probablemente, a lo largo de los trabajos preparatorios del PIDCP, los negociadores no tenían en mente ni el matrimonio entre personas del mismo sexo ni que la gestación por sustitución fuera un medio para fundar una familia. Sin embargo, la redacción del artículo 23 permite incluir ambas situaciones como parte de su objeto sin necesidad de recurrir a una interpretación compleja.

Es importante mencionar que el Senado mexicano aprobó el PIDCP el 18 de diciembre de 1980 y que fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 20 de mayo de 1981.

3. *Convención sobre los Derechos del Niño*

Con una historia que se remonta a la Declaración de Ginebra sobre los Derechos de los Niños de 1924,¹⁰ la CDN fue abierta a firma en 1989 por la Asamblea General de Naciones Unidas. México la promulgó y fue publicada el 25 de enero de 1991 en el *Diario Oficial de la Federación*. Dos artículos son particularmente interesantes para fines de esta exposición:

⁹ Barrena, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fascículo 3)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, p. 13, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>.

¹⁰ League of Nations, Geneva Declaration of the Rights of the Child, 26 de septiembre de 1924, disponible en: <http://www.un-documents.net/gdrc1924.htm>.

Artículo 7

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.

Artículo 8

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 de los 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.

La incidencia de la CDN en la gestación por sustitución es tangencial, pero de gran importancia, porque son sus consecuencias naturales las que aquí se protegen.¹¹ Los niños tienen derecho a una identidad, esto es, a contar con los atributos de la personalidad típicos y a conocer a sus padres, que son dos de los problemas asociados a la gestación por sustitución y que —se entiende— la regulación específica resolvería.

4. *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de los niños en la pornografía*

Cuando la gestación por sustitución es onerosa,¹² implica un pago como contraprestación por una obligación de hacer que deviene en una de dar, puesto que culmina con la entrega del niño nacido a raíz de la gestación a quienes realizaron el pago. De ahí que, desde una perspectiva simplista, esta modalidad de la gestación por sustitución podría configurar una venta de niños. Sin embargo, también hay que tener presente, tal como lo expresa en un reciente Informe la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños de la ONU, que es factible que la gestación por sustitución remunerada sea compatible con el Protocolo.¹³ Ello sucedería, por ejemplo, si no implica-

¹¹ Hodgkin, Rachel y Newell, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a. ed., Ginebra, UNICEF, 2007.

¹² Para la discusión acerca del carácter gratuito u oneroso de la gestación por sustitución, véase la sección IV del capítulo tercero de esta obra.

¹³ ONU, Asamblea General, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía

ra “el cumplimiento obligatorio o automático de los contratos de gestación por sustitución y las correspondientes órdenes de patria potestad previas al parto”.¹⁴

En su momento, la legislación doméstica especializada en la materia deberá tomar en cuenta lo establecido por el Protocolo y en el referido Informe y trazar, de la manera más clara posible, la línea divisoria entre las dos actividades, para lo cual será imprescindible evitar las ambigüedades y la vaguedad en el lenguaje. En lo conducente, el Protocolo establece lo siguiente:

Artículo 1

Los Estados Partes prohibirán la venta de niños, la prostitución infantil y la pornografía infantil, de conformidad con lo dispuesto en el presente Protocolo.

Artículo 2

A los efectos del presente Protocolo:

a) Por venta de niños se entiende todo acto o transacción en virtud del cual un niño es transferido por una persona o grupo de personas a otra a cambio de remuneración o de cualquier otra retribución.

La CDN define al “niño” como todo ser humano menor de 18 años, lo que incluye sin duda a los recién nacidos; pero un tema de debate —que no es objeto de la presente investigación— es si desde el momento de la concepción existe un “ser humano”.¹⁵

México ratificó este protocolo el 15 de marzo de 2002 y fue promulgado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 22 de abril de ese mismo año.

5. Convención Americana sobre Derechos Humanos

La Décima Conferencia Internacional Americana celebrada en Caracas, Venezuela, en 1954¹⁶ es el antecedente más claro del compromiso de respeto a los derechos humanos por parte de las naciones americanas, que años des-

fía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018, p. 21, párr. 75, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.

¹⁴ *Idem*.

¹⁵ Vale recordar el fraseo del artículo 4.1 de la CADH sobre la vida: “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción...”.

¹⁶ Ortiz, Macario y Morales, Ernesto (coords.), *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, México, Biblioteca Digital Daniel Cosío Villegas, disponible en: http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm.

pués daría lugar a la CADH como resultado de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, llevada a cabo entre el 7 y el 9 de noviembre de 1969 en San José, Costa Rica.¹⁷

La CADH entró en vigor en México en marzo de 1981, pero cobró gran relevancia a partir del reconocimiento de la competencia contenciosa de la CoIDH en diciembre de 1998.¹⁸

Circumscripita al continente americano, la CADH, en su artículo 17, prácticamente reproduce la fórmula plasmada en el artículo 23 del PIDCP:

Artículo 17. Protección a la Familia.

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por la sociedad y el Estado.

2. Se reconoce el derecho del hombre y la mujer a contraer matrimonio y a fundar una familia si tienen la edad y las condiciones requeridas para ello por las leyes internas, en la medida en que éstas no afecten al principio de no discriminación establecido en esta Convención.

3. El matrimonio no puede celebrarse sin el libre y pleno consentimiento de los contrayentes.

4. Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

5. La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera del matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

La CoIDH, intérprete autoritativo de la Convención, constató en el *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile* que en la CADH “no se encuentra determinado un concepto cerrado de familia, ni mucho menos se protege sólo un modelo «tradicional» de la misma”.¹⁹

No debe pasar desapercibido que el Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales —Protocolo de San Salvador—, promulgado mediante publicación en el *Diario Oficial de la Federación* el 10. de septiembre de 1998 y

¹⁷ García Ramírez, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007, pp. 12-17.

¹⁸ Véanse el *Diario Oficial de la Federación* del 9 de diciembre de 1998 y el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1999.

¹⁹ CoIDH, *Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012, Serie C No. 239, párr. 142, disponible en: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

vigente en México desde noviembre de 1999, reafirma el derecho a fundar o constituir una familia y recalca la importancia de su protección en los siguientes términos:

Artículo 15. Derecho a la constitución y protección de la familia

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y debe ser protegida por el Estado quien deberá velar por el mejoramiento de su situación moral y material.

2. Toda persona tiene derecho a constituir familia, el que ejercerá de acuerdo con las disposiciones de la correspondiente legislación interna.

3. Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a:

a. Conceder atención y ayuda especiales a la madre antes y durante un lapso razonable después del parto;

b. Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c. Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d. Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

6. Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica²⁰

Se trata de la resolución por parte de la CoIDH de un asunto puesto a su consideración para determinar si el Estado costarricense había vulnerado o no derechos humanos de diversas personas a partir de la actuación de su Corte Suprema, que en 2000 había considerado inconstitucional la fecundación *in vitro*.

La CoIDH concluyó que, efectivamente, Costa Rica había violado los derechos humanos de Artavia Murillo y los otros accionantes contenidos en los artículos 5.1 (a la integridad física, psíquica y moral), 7o. (a la libertad personal), 11.2 (a no ser objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada) y 17.2 (a fundar una familia).

Entre otras cosas, la CoIDH estableció que Costa Rica debía dejar de inmediato sin efecto la prohibición de la fecundación *in vitro* para que las personas que desearan hacer uso de dicha TRHA pudieran hacerlo sin en-

²⁰ CoIDH, *Caso Artavia Murillo y otros* (“Fecundación *in vitro*”) vs. *Costa Rica*. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 28 de noviembre de 2012, Serie C No. 257, disponible en: <http://bit.ly/VUYz0A>.

contrar impedimentos al ejercicio de los derechos mencionados en el párrafo anterior.

Si bien la resolución se refiere a un país diverso, es un criterio con fuerza vinculante para los tribunales mexicanos, conforme a lo que ha sostenido la SCJN respecto de las sentencias provenientes de la CoIDH:

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.²¹

III. NORMAS DE FUENTE INTERNA

En esta sección se incluyen las normas mexicanas de fuente interna del orden federal que tienen incidencia en la gestación por sustitución en el país.

1. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*

Las modificaciones a la CPEUM del 10 de junio de 2011 han significado un cambio paradigmático en el sistema jurídico mexicano.²² El paso de

²¹ Tesis P./J. 21/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, abril de 2014, p. 204.

²² Vale la pena recordar que paradigma es una “constelación de creencias, valores, técnicas y demás, compartidos por los miembros de una comunidad dada”. Kuhn, Thomas Sa-

“garantías individuales” a “derechos humanos” no se limita a cuestiones semánticas, sino que refleja un modelo enteramente distinto de relación entre gobierno y gobernados. El que se pretende como sello del nuevo esquema es la maximización de los derechos de las personas y su justiciabilidad. Dentro de esta visión, el entendimiento de los derechos reproductivos y el ensanchamiento de su campo de protección se logra a partir de la interpretación sistemática²³ de los artículos constitucionales 1o. y 4o.

La sintaxis empleada en el artículo 4o. de la CPEUM admite sin dificultad la gestación por sustitución, porque, además de reconocer la igualdad entre hombres y mujeres, hace lo propio con su derecho a decidir sobre los hijos que, en su caso, decidan tener.²⁴ En su parte conducente, dicho artículo a la letra establece lo siguiente:

Artículo 4o. El varón y la mujer son iguales ante la ley. Esta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.

Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos...

Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución...

Toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos. La autoridad competente expedirá gratuitamente la primera copia certificada del acta de registro de nacimiento.

Precisamente, de esta forma es como en la actualidad (junio de 2018) lo ha interpretado la SCJN en un criterio aislado pero relevante:

muel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 302 y 303.

²³ Para una clara y exhaustiva explicación de la mecánica de la interpretación sistemática, véanse Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, pp. 43-48; Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, pp. 119-121.

²⁴ Para un repaso de la evolución de los derechos reproductivos (y sexuales) desde la Proclamación de Teherán de 1968, véase Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 2267-2289.

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.²⁵

Adicionalmente, como se destacó con anterioridad al hablar de la CDN, el derecho a la identidad está claramente conectado con la gestación por sustitución por los problemas que supone respecto del niño nacido como consecuencia de esta práctica. La SCJN, en el mismo amparo 2766/2015, sentó también el siguiente criterio sobre el particular:

DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA CUANDO EL NIÑO O LA NIÑA NACIÓ POR CONSECUENCIA DE UN TRATAMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA. El derecho a la identidad de un menor, contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se empleó un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; y en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. Así, al estar en presencia de un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas tanto en lo individual como en pareja pueden ejercer su derecho a formar una familia, lo primero que habrá que verificar es en cuál de esas dimensiones (la individual o en pareja) se realizó el tratamiento; después de ello, resultará necesario determinar si existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida. Hecho lo anterior, el operador jurídico tendrá elementos para fijar las consecuencias jurídicas del

²⁵ Tesis 1a. LXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

acto, las cuales deberán ser asumidas, precisamente, bajo la doble connotación mencionada y tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor.²⁶

Asimismo, la resolución de ese amparo llevó a otro criterio relevante sobre la importancia de la voluntad de quienes intervienen en los métodos de reproducción asistida para generar las consecuencias de derecho típicas de las relaciones paterno-filiales:

VOLUNTAD PROCREACIONAL. SU FUNDAMENTO DERIVA DEL RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONAL DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR DE EDAD. La voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor nacido bajo el tratamiento de inseminación artificial heteróloga, con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial. Esta voluntad se protege bajo el amparo del artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y constituye el fundamento de una relación de filiación entre el hijo así concebido y el esposo o concubino de quien es su madre; lo que impedirá que éste posteriormente pueda entablar acción de impugnación de la paternidad, pues se considera que quien actúa así, contradice los parámetros de la buena fe objetiva, al comportarse en forma incoherente con sus precedentes determinaciones. Por el contrario, si el marido no brindó su consentimiento al procedimiento de inseminación realizado con material genético de un tercero donante, se estima que le asiste el derecho de impugnar la paternidad del menor que nació bajo dicho procedimiento.²⁷

2. *Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes*

La LGDNNA es una norma programática que fue promulgada en 2014 y su más reciente modificación fue hecha el 20 de junio de 2018. Esta ley refiere expresamente lo siguiente:

Artículo 13. Para efectos de la presente Ley son derechos de niñas, niños y adolescentes, de manera enunciativa más no limitativa, los siguientes:

...

III. Derecho a la identidad;

²⁶ Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

²⁷ Tesis 1a. LXXIX/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 981.

IV. Derecho a vivir en familia;

...

Las autoridades federales, de las entidades federativas, municipales y de las demarcaciones territoriales de la Ciudad de México, en el ámbito de sus respectivas competencias, adoptarán las medidas necesarias para garantizar estos derechos a todas las niñas, niños y adolescentes sin discriminación de ningún tipo o condición.

Al igual que en la CDN y en lo referente al derecho a la identidad previsto en el artículo 4o. de la CPEUM, la incidencia sobre la gestación por sustitución no es directa. El artículo 19 establece los derechos que se originan con el nacimiento y conjuntamente conforman el derecho a la identidad, entre los que se encuentran el derecho a ser inscritos en el Registro Civil, el derecho a nombre y apellidos, el derecho a la nacionalidad y el derecho a conocer su filiación y origen en la medida en que esto sea acorde con el interés superior de la niñez.²⁸

Llama la atención que en las disposiciones referentes al derecho a vivir en familia de los niños, niñas y adolescentes —capítulo 4, artículos 22-35— no se haga mención alguna a aquellos que hayan nacido como consecuencia de un acuerdo de gestación por sustitución ni del empleo de TRHA en general. En este apartado, la LGDNNa se centra en el caso de quienes fueron separados por la fuerza de sus familias y en las posibilidades de la adopción.

3. *Ley General de Salud*

A pesar de que uno de los temas sobre los que versa la LGS es la planificación familiar, no contiene disposición alguna sobre la gestación por sustitución.

En 2016, la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión aprobó un dictamen sobre una serie de reformas y/o adiciones a la ley que regularían esta actividad.²⁹ Debido a que entrar al estudio puntual del dictamen es un ejercicio estéril por los potenciales cambios que

²⁸ Sobre el interés superior del niño, véase Committee on the Rights of the Children, “General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)”, ONU, 29 de mayo de 2013, disponible en: <http://undocs.org/CRC/C/GC/14>.

²⁹ Cámara de Diputados, “Avala Comisión de Salud dictámenes sobre reproducción asistida y protección a madres reclusas”, *Boletín*, núm. 2099, 22 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Septiembre/22/2099-Avala-Comision-de-Salud-dictámenes-sobre-reproduccion-asistida-y-proteccion-a-madres-reclusas>.

podría experimentar en su camino a convertirse en derecho positivo, sólo cabe destacar aquí dos aspectos: en primer lugar, que considera la reproducción asistida como materia de salud pública y, por lo tanto, objeto de regulación en la LGS, y, en segundo lugar, que contempla la creación de un Registro Nacional sobre Reproducción Asistida, que posibilitaría, por supuesto, el acopio de información sobre las actividades de reproducción asistida dentro del territorio nacional.

4. *Código Civil Federal y Código Federal de Procedimientos Civiles*

El artículo 124 de la CPEUM establece un mecanismo simple de distribución de competencias legislativas: todas aquellas materias cuyo tratamiento no esté expresamente concedido al Poder Legislativo federal están reservadas para los congresos estatales.

Una de las materias que se encuentra dentro la competencia estatal es la civil-familiar, motivo por el que se entiende que cada estado y la Ciudad de México deben contar con sus propios códigos civiles y/u ordenamientos sobre relaciones familiares.

Sobre la base de que “la gestación por sustitución es aquella que surge de un contrato, a título oneroso o gratuito, celebrado entre una persona física o una pareja de padres intencionales y una mujer, a fin de que ésta lleve a cabo la gestación de un embrión y que, cuando haya nacido el bebé, lo entregue al o a los padres intencionales”,³⁰ tanto el contrato como la gestación y sus consecuencias recaen dentro del ámbito de las relaciones privadas de las personas; por esa razón, son los congresos locales los competentes para legislar sobre la materia.

De esta manera, no es posible que la gestación por sustitución sea normada desde el Código Civil Federal y su correspondiente código adjetivo.

IV. CONCLUSIONES

No hay a nivel constitucional ni federal una regulación específica sobre la gestación por sustitución y tampoco existen convenciones o acuerdos sobre la materia, por lo que la actividad es normada a partir de los postulados generales contenidos en el bloque de constitucionalidad mexicana.

³⁰ 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, p. 9, disponible en: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.

En este sentido, los artículos 1o. y 4o. de la CPEUM, la DUDH, el PIDCP, la CDN, la CADH y la LGDNNa son los principales materiales jurídicos a partir de los cuales se construye el entramado que posibilita la gestación por sustitución en México.

Por otra parte, de la forma en que se encuentran actualmente distribuidas las competencias para legislar en México, la regulación de la gestación por sustitución es del dominio reservado de las distintas entidades federativas y de la Ciudad de México. Por ahora no hay razón por la que el Código Civil Federal ni el Código Federal de Procedimientos Civiles puedan incorporar en su articulado disposiciones sustantivas sobre dicha actividad.

Finalmente, lo deseable es lo obvio: la creación de un marco jurídico específico para la gestación por sustitución que tome en consideración todas sus aristas a efecto de lograr su instrumentación holística y efectiva, protegiendo los derechos de todos los sujetos involucrados y atendiendo especialmente al interés superior del niño.

V. 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: <http://www.revistaius.com/index.php/ius/article/view/303/299>.
- ÁVALOS CAPÍN, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en FERRER MAC-GREGOR, Eduardo *et al.*, *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, México, SCJN-Fundación Konrad Adenauer-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- BARRENA, Guadalupe, *El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fascículo 3)*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29904.pdf>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, “Avala Comisión de Salud dictámenes sobre reproducción asistida y protección a madres reclusas”, *Boletín*, núm. 2099, 22 de septiembre de 2016, disponible en: <http://www5.diputados.gob.mx/index.php/esl/Comunicacion/Boletines/2016/Septiembre/22/2099-Avala-Comision-de-Salud-dictámenes-sobre-reproduccion-asistida-y-proteccion-a-madres-reclusas>.
- COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILDREN, “General comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as

- a primary consideration (art. 3, para. 1)”, ONU, 29 de mayo de 2013, disponible en: <http://undocs.org/CRC/C/GC/14>.
- COROLEU LLETGET, Buenaventura, “30 años de reproducción asistida en España”, en BACCINO, Giuliana (ed.), *Reproducción humana asistida. Aspectos jurídicos, sociales y psicológicos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- DAMROSCH, Lori Fisler *et al.*, *International Law. Cases and Materials*, 4a. ed., Minnesota, West Group, 2001.
- EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier, *La argumentación interpretativa en la justicia electoral mexicana*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2007.
- GLENDON, Mary Ann, *Un mundo nuevo. Eleanor Roosevelt y la Declaración Universal de Derechos Humanos*, México, Fondo de Cultura Económica, 2011.
- 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>.
- GUASTINI, Riccardo, *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de Marina Gascón y Miguel Carbonell, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999.
- HARARI, Yuval Noah, *De animales a dioses. Breve historia de la humanidad*, México, Debate, 2014.
- HODGKIN, Rachel y NEWELL, Peter, *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*, 3a. ed., Ginebra, UNICEF, 2007.
- KUHN, Thomas Samuel, *La estructura de las revoluciones científicas*, 3a. ed., trad. de Carlos Solís Santos, México, Fondo de Cultura Económica, 2007.
- NGUYEN, Quoc Dinh *et al.*, *Droit international public*, 8a. ed., París, Lextenso Éditions, 2009.
- ONU, ASAMBLEA GENERAL, “Informe de la relatora especial sobre la venta y la explotación sexual de niños, incluidos la prostitución infantil, la utilización de niños en la pornografía y demás material que demuestre abusos sexuales de niños”, Resolución A/HRC/37/60, 15 de enero de 2018, disponible en: http://www.un.org/en/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/HRC/37/60&Lang=S.
- ORTIZ, Macario y MORALES, Ernesto (coords.), *Conferencias Internacionales Americanas. Segundo suplemento 1945-1954*, México, Biblioteca Digital Daniel Co-

sío Villegas, disponible en: http://biblio2.colmex.mx/coinam/coinam_2_suplemento_1945_1954/base2.htm.

WALSH, Fergus, “30th Birthday for First IVF Baby”, *BBC News*, Reino Unido, 14 de julio de 2008, disponible en: <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/health/7505635.stm>.

CAPÍTULO DECIMOCUARTO

LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA EN MÉXICO

María Virginia AGUILAR

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La práctica de la gestación por sustitución en Tabasco: contexto e impacto internacional.* III. *Algunos casos transfronterizos iniciados en Tabasco antes de 2016.* IV. *Un caso transfronterizo iniciado en la Ciudad de México.* V. *Conclusiones.* VI. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El presente capítulo aborda la realidad fáctica de la gestación por sustitución realizada en México, donde, si bien es cierto que casi todas las legislaciones de los 32 estados federados reconocen la posibilidad de acceder a diversas TRHA, no es menos cierto que, excepto en dos de ellos —Tabasco¹ y Sinaloa—,² la legislación no contempla una figura jurídica en la que intervenga una tercera en el proceso de gestación y hasta el nacimiento de un ser (gestación por sustitución o maternidad subrogada o sustituta) ni establece condiciones para los intervinientes ni determina los efectos de este tipo de práctica. Por ende, tampoco contempla la posibilidad de registro de un niño nacido en consecuencia y menos aún que los padres intencionales sean extranjeros o del mismo sexo, al igual que no prevé las mejores condiciones para que puedan salir del país con su hijo e ingresar legalmente con él a otro país.

¹ Véase la sección II del presente capítulo.

² El 6 de febrero de 2013 fue publicado el Decreto 742, con reformas al Código Familiar del Estado de Sinaloa, relacionadas con la reproducción asistida y la gestación subrogada. Véase “Decreto 742”, *El Estado de Sinaloa. Órgano Oficial del Gobierno del Estado*, Culiacán, 3a. época, t. CIV, 6 de febrero de 2013, disponible en: <http://www.transparenciasinaloa.gob.mx/imagenes/stories/sss/POE-06-02-2013-017-II.pdf>.

La situación mencionada, como se puede observar, presenta en sí una ausencia de seguridad jurídica para todos los participantes. Lo que se expone en este capítulo no son criterios inventados ni ideales, sino lo que ha sucedido en esta materia en México desde 1997 con prácticas que han existido e intentos de solución ante un panorama legal deficiente.

Se presentan varios casos reales explicando cómo se solucionaron desde Tabasco,³ que es uno de los estados federados cuya legislación prevé la reproducción humana por medio del proceso de “gestación por contrato”. Asimismo, se comenta un caso reciente que tuvo lugar en la Ciudad de México, donde aún no existe legislación al respecto. La sentencia dictada en este último caso es relevante, ya que contempla posibilidades de aspectos sustantivos y de forma y sugiere una manera de regular la gestación por sustitución donde se respeten los derechos humanos de todos los individuos que participan en este proceso, incluyendo a los extranjeros.

II. LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN TABASCO: CONTEXTO E IMPACTO INTERNACIONAL

En esta sección se alude a la legislación civil de Tabasco desde el punto de vista de la práctica, por ser el antecedente legislativo que reconoció las novedades científicas de reproducción humana en la reforma de 1997 a su Código Civil.⁴ Las reformas y adiciones a la ley civil en esta entidad federativa fueron novedosas y avanzadas en su momento, tanto en lo relativo al tema de la reproducción asistida con la posibilidad de participación de una “madre gestante sustituta” como por la protección de la ley a favor de todos los nacionales y extranjeros, sin ningún tipo de discriminación por sexo.⁵

³ Si bien, como ya se ha indicado, desde 2013 Sinaloa regula la gestación subrogada, no se tiene conocimiento de casos prácticos con elementos de extranjería en dicha entidad federativa.

⁴ El 1o. de mayo de 1997 entró en vigor el Código Civil para el Estado Libre y Soberano de Tabasco mediante el Decreto 205. Véase “Decreto 205”, *Periódico Oficial. Órgano del Gobierno Constitucional del Estado de Tabasco*, Villahermosa, época 6a., suplemento núm. 5696, 9 de abril de 1997, disponible en: <https://transparencia.tabasco.gob.mx/media/estrados/4989.pdf>. Este cuerpo normativo contenía reformas novedosas, tanto en materia de derecho conflictual como respecto a la no discriminación, además de lo relativo a las consecuencias de los adelantos científicos en el área de las TRHA. Una de ellas fue la aceptación de la gestación por parte de una persona diferente a la pareja de padres intencionales de un niño.

⁵ A nivel federal, la reforma sobre no discriminación fue introducida en la CPEUM recién en 2011. Véase “Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos

Como consecuencia de la reforma de 1997, poco a poco el estado de Tabasco comenzó a convertirse en un lugar de destino de turismo reproductivo para parejas heterosexuales y homosexuales de México y de otros países. Esta circunstancia promovió la formación de cotos de poder entre notarios, clínicas médicas y asociaciones particulares que empezaron a incorporarse a un negocio que durante muchos años no fue descubierto. La legislación les permitió a todos estos actores participar cómodamente en tales condiciones. Sin embargo, fue el preludio del surgimiento de focos rojos que poco a poco evidenciaron problemas que acaecen si este método de gestación no se legisla adecuadamente.

Entre las disposiciones que conforman el contexto normativo tabasqueño y que contribuyeron a favorecer la aparición y posibilidad de acudir a este método de procreación en la entidad, se encuentra la protección de la ley para el ser humano desde su concepción, que incluye a “los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial, aun cuando no se encuentren en el útero materno” (artículo 31 del Código Civil), con lo que se introduce por primera vez esta posibilidad.

Por otro lado, se estableció una serie de mecanismos para proteger el nombre de la persona y el respeto a la decisión de los cónyuges para planificar el número y el espaciamiento de los hijos, así como emplear cualquier método de reproducción artificial para lograr su descendencia,⁶ siempre y cuando se probare que el marido consintió en que su cónyuge hiciera uso de dichos métodos.

Respecto a la filiación, el artículo 247 del Código Civil dispone que

...cuando en el proceso reproductivo participe una segunda mujer, se presumirá madre legal a la mujer que contrata, ya sea que esta última provea o no el óvulo. Esto es, cuando la madre sustituta no es la madre biológica del niño nacido como resultado de una transferencia de embrión, la madre contratante deberá ser considerada la madre legal del niño y éste será considerado hijo legítimo de la mujer que contrató.

Por su parte, el artículo 92 precisa que la “madre gestante sustituta” “es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, no así el componente genético”, ya que cuando sí proporciona ambos componentes se le considera como “madre subrogada”. Adicionalmente, se aclara que la “madre contratante” es la mujer que con-

Mexicanos”, *Diario Oficial de la Federación*, 10 de junio de 2011, disponible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_194_10jun11.pdf.

⁶ Artículos 324 y 329 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

viene en utilizar los servicios de cualquiera de las mujeres antes mencionadas, según el caso.

Es en este punto donde comienzan a surgir los problemas, ya que en el caso de los padres varones del mismo sexo, aunque estuvieran casados, no podía designarse a ninguno de ellos para que asumiera el papel de madre contratante. No obstante, algunos de estos casos se solucionaban recurriendo al último párrafo del artículo 92, según el cual establece que, “Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido”,⁷ y entonces lo que se hacía era que una de las dos personas del matrimonio del mismo sexo registraba al niño en calidad de padre soltero, o bien, como sucedió en un caso específico, no se declaraba que la gestante estaba casada y uno de los dos padres intencionales era registrado como padre, como si en realidad fuera el marido de la mujer que dio a luz.

El contrato se celebraba ante un notario y en su clausulado se establecía que la madre gestante sustituta o madre subrogada aceptaba el encargo. Estos mismos fedatarios públicos daban fe ante el médico o la clínica de que se había terminado el embarazo. Era una práctica frecuente⁸ que todos ellos se hubieran puesto de acuerdo con una empresa que se encargaba de los trámites, con un costo de hasta 40,000 dólares estadounidenses, ya que se entendía “que lo que no estaba prohibido estaba permitido”. Además, como no había ninguna norma que estableciera expresamente si el contrato era gratuito u oneroso, se consideraba permitida esta última posibilidad, sin que existiera claridad acerca de cuánto le correspondía cobrar a la madre gestante. Dado que todos prestaban un servicio, el dinero abonado por los padres intencionales era repartido entre cada uno de los actores intervinientes, incluyendo a un empleado del Registro Civil que decidía bajo qué figura registrarían al niño.

Inicialmente, estas condiciones estuvieron vigentes con respecto a todas las personas que tuvieran la voluntad de procrear y contaran con algún impedimento para lograrlo, ya fuera por alguna enfermedad que afectara a cualquiera de los miembros de la pareja o por ser pareja del mismo sexo, incluso para extranjeros.

⁷ Este concepto se repite en el artículo 95 del Código Civil para el Estado de Tabasco.

⁸ Las afirmaciones que aquí se efectúan sobre la práctica frecuente en Tabasco se basan en entrevistas con diversos actores locales llevadas a cabo por la autora del presente capítulo durante los meses de febrero y marzo de 2014, así como en su propia experiencia profesional como abogada litigante en materia familiar. Los nombres y demás datos personales de las personas entrevistadas son confidenciales.

El impacto internacional de estas prácticas vinculadas con la gestación por sustitución transfronteriza en la entidad y la falta de seguridad jurídica para los niños, tanto en su filiación como para su salida del país, provocaron que en enero de 2016⁹ el Código Civil para el Estado de Tabasco se reformara, evitando esta vez que extranjeros y padres intencionales del mismo sexo pudieran beneficiarse de esta forma de procreación y disponiendo que fuera la Secretaría de Salud estatal quien interviniera en los casos de gestación sustituta o subrogada.¹⁰

Estas reformas, por un lado, incitaron a las diferentes instituciones particulares involucradas en la gestación por sustitución a limitar las condiciones en las que ofrecen sus servicios; pero, por otra parte, algunas de sus disposiciones afectaron derechos de muchas personas que quedaron atrapadas entre los beneficios de la anterior ley y las restricciones de la ley nueva, especialmente en cuanto a la forma de establecer el vínculo de filiación y registrar a los recién nacidos para que su traslado al país de origen de los padres intencionales sea jurídicamente posible.

III. ALGUNOS CASOS TRANSFRONTERIZOS INICIADOS EN TABASCO ANTES DE 2016

Los casos que en seguida se refieren fueron documentados por GIRE y publicados en 2017 como parte del informe *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*.¹¹ En la siguiente tabla se presentan las fechas y los hechos de los casos reportados por GIRE que contienen elementos de extranjería, es decir, que implican un acuerdo de gestación por sustitución transfronteriza.

<i>Nombres</i> ¹²	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
Martín y Luisa	Argentina	-	Noviembre de 2016	Antes de viajar a México, la pareja intentó adoptar en su país, sin éxito. En noviembre de 2016, ellos llegaron a Villahermosa, Ta-

⁹ “Decreto 265”, *Periódico Oficial. Órgano de Difusión Oficial del Gobierno Constitucional del Estado Libre y Soberano de Tabasco*, Villahermosa, época 6a., suplemento núm. 7654, 13 de enero de 2016, disponible en: http://periodicos.tabasco.gob.mx/media/periodicos/7654_sup.pdf.

¹⁰ Véase la sección IV del capítulo decimoprimeros de la presente obra.

¹¹ GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: gestacion-subrogada.gire.org.mx.

¹² Se utilizan los mismos nombres publicados por GIRE.

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				basco, junto con su hija de nueve años, para esperar el nacimiento de su bebé, quien nació unos días después. A principios de diciembre, la pareja presentó sus documentos en la oficina de Registro Civil de Villahermosa para tramitar el acta de nacimiento de su bebé, pero se la denegaron. Durante dos meses, la familia tuvo que permanecer en un hotel de Villahermosa, con miedo a que las autoridades les quitaran a su bebé o no pudieran regresar a su país. Finalmente, la pareja obtuvo el acta de su hijo. Ellos lograron volver a casa en marzo de 2017.
Michael	Estados Unidos de América	2015	Diciembre de 2016	Michael es un hombre estadounidense de origen griego que firmó un contrato de gestación subrogada con una mujer en Tabasco. Dos días después de que nació su hijo, supuestas autoridades del gobierno de Tabasco se lo llevaron sin darle información al padre ni a la mujer gestante. Días después, él supo que su hijo estaba en el albergue del Sistema de Desarrollo Integral de la Familia estatal. Dos meses después, y tras múltiples esfuerzos ante instituciones públicas y medios de comunicación, Michael recuperó a su hijo, y un mes más tarde logró obtener los documentos de identidad necesarios y salir del país.
Hanoch	Israel	2015	Diciembre de 2016	Hanoch es un ciudadano israelí que firmó un contrato de gestación en México en 2015 y su hijo nació en Villahermosa en diciembre de 2016. Su bebé tuvo que permanecer en el hospital por nueve días, durante los cuales

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				no pudo visitarlo, debido a que su agencia le recomendó permanecer en su hotel para evitar problemas con las autoridades. Hanoch consiguió estar al tanto de su estado de salud gracias a que desarrolló una buena relación con la mujer gestante. Cuando el niño salió del hospital y el padre intentó solicitar el acta de nacimiento, ésta le fue negada. Con base en un precedente jurídico en Israel, su bebé recibió documentos de identidad israelíes a partir de una prueba de ADN. En marzo de 2017, Hanoch y su bebé salieron de México, más de dos meses después de su nacimiento.
David	Israel	Diciembre de 2015	Enero de 2017	David es un hombre israelí que firmó un acuerdo de gestación subrogada con una mujer de Tabasco en diciembre de 2015. David viajó a México para el nacimiento de su bebé, a principios de enero de 2017. Sin embargo, cuando él intentó tramitar el acta de nacimiento, la oficina del Registro Civil se la negó. Igualmente, David invocó el fallo de un juez en Israel, que obliga a reconocer la paternidad por una prueba de ADN. Luego, la Embajada de Israel en México le otorgó un documento de identidad para su hijo. Finalmente, él logró salir del país con su hijo de dos meses de nacido.
Shaul	Israel	Diciembre de 2015	Enero de 2017	Shaul es un hombre israelí que firmó un acuerdo de gestación subrogada en Tabasco en diciembre de 2015. Debido al clima de persecución a personas extranjeras en el estado, su agencia le pidió que permaneciera en su hotel, por

<i>Nombres</i>	<i>País nacionalidad/ residencia de los padres intencionales</i>	<i>Fecha de firma de contrato</i>	<i>Fecha de nacimiento del bebé</i>	<i>Hechos</i>
				lo que no pudo estar presente en el nacimiento de su hija, en enero de 2017. Unas semanas más tarde, la oficina del Registro Civil le negó la emisión de su acta de nacimiento. Shaul acudió al mismo fallo que los anteriores sujetos, mediante el cual un juez en Israel obliga a reconocer la paternidad por una prueba de ADN. La Embajada de Israel en México le otorgó un documento de identidad para su hija. Él logró salir del país con su bebé de dos meses de edad en marzo de 2017.

FUENTE: elaboración propia con datos del GIRE.

Los casos antes expuestos se presentaron justo en la entrada en vigor de la regulación actualmente vigente en Tabasco. En algunos de ellos se contaba con contratos firmados antes de la reforma y, a pesar de que la normativa anterior que les resultaba aplicable les permitía obtener las actas de nacimiento de los recién nacidos, se enfrentaron a la negativa por parte de las autoridades locales.

A este respecto, es importante señalar que los efectos de los contratos de gestación por sustitución van más allá del respeto y garantía del ejercicio de los derechos humanos de las personas que firmaron el acuerdo —mujer gestante y padres intencionales—, pues surge, una vez terminada la gestación con el nacimiento del bebé, la obligación del Estado de garantizar todos y cada uno de los derechos humanos de la nueva persona.

IV. UN CASO TRANSFRONTERIZO INICIADO EN LA CIUDAD DE MÉXICO

En esta sección se presenta un caso de gestación por sustitución transfronteriza que, por sus elementos específicos, permite analizar asuntos que los abogados deberían considerar al momento de asesorar a los padres intencionales acerca de la forma y el momento pertinente de solicitar la inscripción del niño nacido en México, a fin de prever el debido cumplimiento de las condiciones requeridas para salir del país lícitamente.

La resolución a la que se hará referencia fue resultado de una investigación de casos que trataran el tema de la gestación por sustitución transfronteriza y cuya decisión fuera definitiva, a fin de conocer el resultado final. La búsqueda se hizo en diferentes juzgados, donde se les preguntó a varios jueces, y fue así como se encontró el siguiente caso en una Sala Familiar de la Ciudad de México.

1. *Antecedentes*

En 2018, el apoderado legal de una pareja de cónyuges de distinto sexo, nacionales y residentes en Argentina, formuló una solicitud en la vía de jurisdicción voluntaria,¹³ ante un juzgado de primera instancia del ramo familiar en la Ciudad de México,¹⁴ con el objeto de que el juez le otorgara reconocimiento al contrato de maternidad subrogada que celebraron sus representantes con una mujer del Estado de México, la posibilidad de vigilar la actuación de las partes y que, en su oportunidad, una vez nacido el niño, ordenara al Registro Civil su inscripción a favor de los padres intencionales para que los solicitantes pudieran llevarse consigo a su hijo a su país de residencia habitual (Argentina).

Antes de entrar al análisis del caso es necesario mencionar que se considera que el abogado representante de los padres intencionales no eligió bien ni la vía jurisdiccional (voluntaria) ni la competencia de un juzgado de la Ciudad de México. Tampoco se estima adecuada la intención de lograr por esta vía que se vigilara un proceso de gestación por sustitución o que se reconociera un contrato relacionado con dicha práctica. Sin embargo, lo importante es que, a pesar de todo ello, la resolución final de la apelación aborda todos los puntos y encamina a los intervinientes a una correcta solución, aunque en la Ciudad de México no hay legislación sobre gestación por sustitución.

El juez de primera instancia,¹⁵ que fue el juzgado de origen, en el auto admisorio, manifiesta lo siguiente:

...visto su contenido y tomando en consideración, que a la fecha no ha sido aprobada la iniciativa de Ley de Maternidad Subrogada de la Ciudad de Mé-

¹³ Su naturaleza jurídica tiene por objeto que la autoridad judicial intervenga para dar certeza jurídica a cierto acto solicitado, sin que exista una controversia, litigio u oposición de intereses entre dos o más partes.

¹⁴ Expediente 135/2018, Juzgado Vigésimoquinto de lo Familiar de la Ciudad de México, *Boletín Judicial*, t. CXCVII, núm. 18, 31 de enero de 2018.

¹⁵ *Idem*.

xico, por lo que existe un vacío legal respecto a los requisitos que los promoventes deben reunir, así como el procedimiento tendiente a su realización, lo anterior, toda vez que los promoventes son extranjeros y se encuentran en el País en calidad de turistas, imposibilitando al Suscrito para que el estudio del curso de cuenta y en su caso estar en posibilidad de prevenir o admitir a trámite las presentes diligencias, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 1, 3, 4, 6, 9 y 12 del Código Civil así como lo establecido en el artículo 72 del Código de Procedimientos Civiles, se DESECHAN de plano las presentes diligencias, dejando a salvo los derechos de los interesados para hacerlos valer en la vía, forma y término que en derecho corresponda, ordenándose devolver los documentos exhibidos a excepción del escrito inicial previa razón y recibo que se otorgue por las personas autorizadas para tal efecto.

Los promoventes, inconformes con la decisión del juez de primera instancia, interpusieron un recurso de apelación.¹⁶ La sentencia de la Sala confirmó el auto impugnado, por resultar infundados los agravios de la parte apelante.¹⁷

2. *Motivos de inconformidad con la sentencia de primera instancia*

Los motivos de inconformidad de los padres intencionales con respecto a la sentencia de primera instancia se enunciarán a continuación.

Esencialmente, éstos consisten en violaciones de aspectos procesales del auto recurrido, derechos de acceso a la justicia, derechos constitucionales respecto a las garantías de derechos humanos “por una indebida fundamentación que deriva en la transgresión del derecho humano de legalidad” y de debido proceso en cuanto a fundamentación y motivación, “...pues simplemente señaló el juez A quo que existe un vacío legal respecto a los requisitos que se deben reunir... por lo que al no tener fundamento legal acorde para la admisión, tampoco lo tuvo para el desechamiento...”.

Desde la perspectiva de los apelantes, el fallo recurrido desconoció la existencia de tratados internacionales y de otras formas de interpretación de

¹⁶ Expediente 414/2018, Sala Segunda Familiar de la Ciudad de México, *Boletín Judicial*, t. CXCXVII, núm. 214, 10 de diciembre de 2018.

¹⁷ Es importante hacer notar que, aunque esta sentencia fue impugnada en vía de amparo, éste no fue aceptado y que la resolución de la apelación la estudió el magistrado de la ponencia 3, de la Segunda Sala Familiar, quien es miembro de la Red de Jueces de la HCCH por parte de México, por lo que es reconocido por sus conocimientos de derecho mexicano y de derecho internacional privado, así como de las convenciones emitidas por este organismo internacional. Dicha resolución fue adoptada por unanimidad de votos.

la ley, como los principios generales del derecho, la doctrina, la costumbre, y, desde luego, "...negó y restringió el ejercicio de los derechos humanos de los quejosos por ser extranjeros, no obstante que de la ratificación del contrato de subrogación que se realizó ante Notario Público se acreditó su legal estancia en el país...", doliéndose de que, para el juez natural, "...los extranjeros que se internan en el país como turistas, no tienen derechos, ni los protege la Constitución y tampoco pueden acudir ante los tribunales a ejercer su personalidad y derechos humanos".

Arguye su representante que les causa agravio el no dar trámite a una jurisdicción voluntaria, porque viola el contenido del artículo 893 del Código adjetivo, cuyo precepto no requiere disposición legal que regule algún tema o materia que deba ser objeto de la intervención de un juez, ya que la naturaleza de estas diligencias no es limitativa y basta con que no sea contraria al tenor de las leyes prohibitivas o de interés público y que el objeto, motivo o fin sea lícito, es decir, "todo lo que no está prohibido está permitido".

Este alegato lo hace para demostrar que "el objeto del contrato celebrado entre los apelantes y la tercera (gestante, mujer sustituta [*sic*]) no es ilícito y tampoco está prohibido", y con este punto trata de demostrar que el hecho de que un fedatario público dio fe de la ratificación de dicho contrato, al ser un perito en derecho, confirma la licitud del acto jurídico.

Asimismo, los disidentes, a través de su representante legal, argumentan que, si bien la legislación de la Ciudad de México "no contempla la regulación de la maternidad subrogada, sí establece métodos de reproducción asistida", como la donación de células germinales, por lo que la decisión del juez *a quo* es violatoria de la garantía de legalidad que establece el artículo 16 de la CPEUM y del artículo 293 del Código Civil para el Distrito Federal. También ellos sostienen que existe una falta de motivación para que el juzgador determine qué métodos sí y qué métodos no son aceptables para que se lleve a cabo la reproducción asistida. Por un lado, dichos disidentes manifiestan que "es ilícito que el Justipreciador defina que la maternidad subrogada debe ser objeto de una ley y que sin ella nada se puede hacer, pues con su actuar el derecho [se] reduce a la ley y deja de lado las otras fuentes formales del derecho y figuras como el control difuso..." sin explicar a qué se refiere, pero en contra de la inadmisión de su vía de tramitación.

Por otro lado, los interesados

...no pedían la autorización del objeto del contrato, ni la ejecución de su contenido obligacional, sino que debido a su investidura judicial los interesados pudieran exhibir pruebas de la ejecución del contenido obligacional del con-

trato de maternidad sustituta, mediante la exhibición a lo largo de los meses de los documentos que acrediten el cumplimiento de las obligaciones de cada parte.

En este sentido, ellos exponen cuáles serían estas pruebas, tales como la implantación embrionaria, los pagos, los gastos, la acreditación de la salud física y mental de la gestante y del producto, para que posteriormente al alumbramiento el juez ordenara al Registro Civil de la Ciudad de México “levantar el acta de nacimiento correspondiente con los nombres de los interesados como padres del nacido”.

Como último punto, los interesados mencionan que el juez de lo familiar es una autoridad judicial a quien le compete conocer de cualquier procedimiento de derecho familiar y al negar la admisión de su trámite violó los derechos humanos consagrados por la carta magna y los instrumentos internacionales que defienden el derecho a la vida, a la familia, al libre desarrollo de la personalidad, y “obliga a las partes a realizar los procesos en la clandestinidad” por la restricción al acceso a la justicia; por lo tanto, ellos se cuestionan lo siguiente: ¿qué autoridad sería la correcta para garantizar el respeto a los derechos de la procreación de la familia y al libre desarrollo de la personalidad?

3. *La decisión de segunda instancia*

La autoridad de alzada hizo el siguiente estudio:

- a) “Por cuanto hace al motivo de disenso en el sentido que el proveído impugnado conculca el principio de legalidad”, explica que la ley fundamental establece el principio de supremacía constitucional, mediante la cual existe una jerarquía normativa que supone que los actos de autoridad deben ajustarse a lo dispuesto por las leyes expedidas por el Congreso de la Unión, que significa que “las sentencias definitivas deberán ser conforme a la letra de la ley o a la interpretación jurídica de la ley”, por lo que el juez *a quo* no se encontraba en posibilidad legal de dar trámite a la jurisdicción voluntaria y aún menos para pronunciarse positivamente en todo lo solicitado por los apelantes, pues el proveído impugnado contradice el fundamento de que todo acto de autoridad debe estar fundado y motivado, porque, primero, debe existir el fundamento legal para poder apoyar la solicitud y, posteriormente, se busca que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables.

- b) Establece que todo acto de autoridad debe estar adecuado, fundado y motivado, conforme a la interpretación de los principios de legalidad de los artículos 14 y 16 constitucionales, entendiéndose que “fundar” es expresar con precisión el precepto legal aplicable al caso y “motivar” implica que deben señalarse con precisión el tipo de circunstancias o las causas consideradas para emitir el acto, y que exista relación y adecuación entre los motivos y las normas aplicables.
- c) Hizo el reconocimiento de que “La Constitución mexicana reconoce el principio de legalidad, no sólo desde el punto de vista formal, sino de Estado de Derecho”, de tal suerte que un juez no puede encontrarse en posibilidad legal de dar trámite a la jurisdicción solicitada cuando falte el texto expreso de la ley con disposiciones tanto sustantivas como procesales sobre las cuales tenga facultad para actuar,¹⁸ por lo que las autoridades sólo pueden hacer aquello que les facultan las leyes, en el entendido de que la ley es la manifestación de la voluntad general soberana.
- d) Declara infundado el trámite de jurisdicción voluntaria, porque éste es un proceso voluntario en el que el órgano jurisdiccional interviene para darle eficacia a la formación o creación de nuevas situaciones de derecho, que no pueden resolverse sin una decisión judicial. No obstante, debe reunir elementos indispensables, como tener fines distintos a los de la composición de un litigio, la inexistencia de una controversia respecto a la petición y, muy importante, que exista en el derecho, porque el juez puede constatar un hecho, pero no puede declarar un derecho inexistente, ya que estaría legislando y ello está fuera de sus facultades. Por lo tanto, la jurisdicción voluntaria no es el medio idóneo para regularizar situaciones no previstas por la ley.
- e) La intervención de un juez para definir la maternidad subrogada por medio de la figura jurídica de las diligencias de jurisdicción voluntaria,¹⁹ cuando ésta no se encuentra previamente establecida en algún ordenamiento legal, lo incapacita para examinar, certificar, calificar o dar fe de situaciones en las que no se promueva cuestión alguna.²⁰

¹⁸ Se hizo el estudio sobre la siguiente tesis aislada: Tesis IV.2o.A.51K, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, febrero de 2014, p. 2239.

¹⁹ Artículo 893 del Código Civil de la Ciudad de México: “La jurisdicción voluntaria comprende todos los actos en que, por disposición de la ley o por solicitud de los interesados, se requiere la intervención del juez, sin que esté promovida ni se promueva cuestión alguna entre partes determinadas. A solicitud de parte legítima podrán practicarse en esta vía las notificaciones o emplazamientos necesarios en procesos extranjeros”.

²⁰ Tesis I.3o.C.826 C, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 2305.

- f) Expresó que lo pactado en el contrato celebrado entre los promoventes y la tercera va en contra de la naturaleza de la jurisdicción voluntaria, siendo lo solicitado una intervención de la autoridad judicial para normar un aspecto adecuado a los intereses de los apelantes, al pedir que se levante un acta de nacimiento donde aparezcan ellos como padres, pues lo que se pretende es la ejecución de un contrato obviando la presencia de la tercera gestante y, en cuyo caso, el juzgador con esa decisión atentaría contra la persona gestante y la dejaría en estado de indefensión.
- g) En cuanto al respeto a los derechos humanos de los extranjeros, de los cuales se sienten afectados los apelantes, expresa que no es que carezcan de estos derechos o que la carta magna no los proteja. Sin embargo, la solicitud de las diligencias por la vía de jurisdicción voluntaria no se encuentra dentro de las actividades permitidas en la calidad migratoria de los apelantes, como es la de turistas, pues carecen de domicilio en México para actuar dentro de la jurisdicción que solicitan.
- h) El juzgador que estudió este asunto define que las partes debieron haberlo solicitado ante juez competente, ya sea en el Estado de México, que es el lugar donde vive la gestante, o ante el juez de donde viven los solicitantes, o sea, en Argentina.
- i) Agrega que, a pesar de que los turistas, al momento de firmar un contrato, expresaron libremente su deseo de “tener hijos” y la posible gestante aceptó someterse a un método de reproducción asistida de manera libre, informada y responsable, y de que esta decisión de todos haya pasado ante un fedatario público, este último únicamente pudo dar fe del reconocimiento del documento y firma, no del contenido del documento ni de la licitud del acto. Esto es así, ya que el notario no interviene en ese documento directamente ni tiene facultad para autorizarlo. Además, al no especificarse en el contrato el tipo de regulación y los términos en que se presenta el periodo de gestación, y aunque se den los informes del estado de salud de la gestante sugeridos y el cumplimiento del contrato de maternidad subrogada, no es posible obligar al juzgador a ordenar a un juez del Registro Civil asentar un acta de un niño aún no nacido y que, en su caso, lleve únicamente los nombres de los solicitantes.
- j) Por tanto, le dio la razón al juez de origen para negar la continuidad del trámite. Incluso, reconoce que, si en realidad los solicitantes quieren darle legalidad a un contrato, para que sea procedente su ejecución o para que se le dé viabilidad, estos contratos deben ser celebrados o estar reconocidos ante la Procuraduría del Consumidor. Así lo

indica, porque a partir del clausulado se advierte que los intereses de los solicitantes pretenden darle validez a la ejecución de un método inexistente en la legislación y cuya orden para el registro del niño, una vez nacido, contraviene el formato existente en la propia legislación del registro.

- k) Otro punto importante consiste en que los apelantes pretenden darle validez a “la maternidad subrogada”²¹ por analogía, al señalar que está relacionada con el artículo 293 del Código Civil,²² cuya hipótesis normativa se refiere únicamente a la reproducción asistida en la que la mujer queda embarazada a través de un método de fecundación asistida o *in vitro*, pero no contempla método alguno en el que intervenga una tercera persona en el proceso de gestación y hasta el nacimiento ni los requisitos de su intervención.
- l) El pasaje más importante de toda esta sentencia estriba en el análisis que hace el juzgador de la Sala Familiar, al afirmar que

...si bien es verdad el Estado no es un sujeto que directamente participa en el procedimiento de la procreación con asistencia médica, dado que la procreación es una decisión autónoma, de derecho privado, que pertenece a la familia, a la persona individual; y el Estado debe reconocer el máximo de autonomía posible; no menos cierto es que, no puede quedar al margen cuando existen intereses que deben protegerse como los del ser concebido mediante las técnicas de reproducción asistida que esté por nacer y, sobre todo, cuando para la concepción se utilizan técnicas que requieren un control sanitario, pues no se puede dejar todo en manos de las partes involucradas y resulta imperiosa la intervención estatal a través del legislador que debe asentar las bases y principios que enmarquen la actividad de la sociedad, por ende, es necesario que el Estado sea quien diseñe los límites de la actividad médica y de la investigación científica que desarrolla estas técnicas.

- m) Luego, hace un análisis del ejercicio y estructura de los derechos humanos, interpretando lo que quisieron transmitir el Comité de Derechos Humanos y la CoIDH en relación con las niñas, los niños y los adolescentes. En función de ello, establece que, en cualquier decisión

²¹ El término “maternidad subrogada” es al que se refiere la sentencia que se comenta, pero es evidente que se trata de una gestación por sustitución o gestación subrogada.

²² Artículo 293 del Código Civil de la Ciudad de México: “También se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que han procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida”.

relacionada con ellos, los impartidores de justicia deben considerar el impacto en este tipo de derechos, pero analizando, primero, la vida y el cuidado en el momento del nacimiento y, posteriormente, su supervivencia y desarrollo desde el punto de vista de su dignidad, y aplicar el principio *pro homine* para reconocer, en primer lugar, a la familia como derecho humano, pero sin desatender los requisitos de la ley para su tramitación, así como la elección de la norma o la interpretación más restringida cuando se trate de establecer límites a los derechos y elegir la norma más favorable a la persona, atendiendo a que esta preferencia de la norma en conflicto es en razón de la parte situada en inferioridad de condiciones.

La resolución final es contraria a los apelantes; sin embargo, su contenido de estudio de fondo y forma es relevante, porque incluso no continuaron con un amparo.

4. *Valoración de la sentencia de alzada*

La sentencia que se comenta contiene varios aspectos interesantes:

- 1) Que el juzgador de apelación únicamente pudo ratificar la negativa de aceptar un asunto por falta de legislación aplicable, que fue lo que hizo el juez primigenio, y con ello dar por terminada su intervención; no obstante, contrario a esta lógica, hace un estudio de los agravios de los impetrantes de la apelación.
- 2) Emite una decisión en la que hace un reconocimiento de los aspectos de fondo y de forma, y considera que la gestación subrogada existe en la realidad fáctica y que ésta debe ser legislada, pero que de ninguna forma acepta que un juzgador o un fedatario público pueda dar licitud a una expresión de voluntad de las partes.
- 3) Contempla la posibilidad de que las personas que intervienen sean extranjeras, pero indica que se debe revisar la calidad migratoria que deben tener para acceder a este procedimiento y, aunque no explica cuál debe ser ésta, considera que la circunstancia de salida del país en compañía de un hijo nacido en estas condiciones implica mucho más que tener la calidad migratoria de turista.
- 4) Analiza los derechos humanos de todos los que intervienen, reconociendo el libre desarrollo de las personas a través de la oportunidad de tener una familia. No obstante, considera que en el caso de las

niñas, los niños y los adolescentes debe prevalecer el cuidado de su dignidad a partir del momento de la vida, cuya legislación de apoyo debe ser dentro del sector salud, y, posteriormente, asegurar de manera jurídica su personalidad y desarrollo con la obligación de tener un registro de nacimiento, que es el punto de filiación sobre el que hay que legislar.

- 5) Considera la existencia de todos los participantes y que la tercera subrogante debe tener no sólo obligaciones, sino también derechos sobre su cuerpo y la expresión libre de su decisión de desarrollar una vida dentro de su cuerpo.
- 6) Del fallo se desprende que el contrato que establezca esta práctica debe ser lícito, existir en la naturaleza jurídica e, incluso, en el comercio para que pueda ser inscrito ante la Procuraduría del Consumidor, a fin de que cuando haya un motivo de conflicto exista apoyo en la ejecución de los términos obligacionales del acto que celebran las partes.
- 7) La sentencia permite inferir que es el Estado, desde el Poder Legislativo, quien tiene que estudiar y decidir los cambios y las inclusiones de nuevos conceptos en las leyes, y no obligar al Poder Judicial a que decida la forma de este proceso.
- 8) Finalmente, este fallo sirve para tomar conciencia de que las vías procesales a las que acudan tanto los abogados como los justiciables deben ser aquellas acordes con lo que quieren obtener.

V. CONCLUSIONES

Como se puede observar, falta mucho camino por andar; pero los problemas reales que se pueden mencionar en el ensayo-error en que ha vivido esta figura gestacional en México requieren atención para ser solucionados. Por lo pronto, a partir del desarrollo de este capítulo es dable extraer las siguientes conclusiones:

No es posible evitar las realidades existentes y los derechos consecuentes. Es decir, si no se establecen legalmente las estructuras y los procedimientos y límites para la existencia de la gestación por sustitución, la seguridad de la filiación del niño y las obligaciones de cada una de las partes, seguirán presentándose errores y horrores para los participantes, principalmente para los niños que nacen como consecuencia de esta práctica.

Es discriminatorio el rechazar que las personas extranjeras, las solteras y las del mismo sexo busquen formar o ampliar su familia mediante la gesta-

ción por sustitución. Tal rechazo lleva a una homofobia y a una deficiencia de protección jurídica para todos.

Si los conceptos se insertan en un contrato, éste debe ser lícito, cubrir a todos y cada uno de los que intervengan y con medidas claras y de cumplimiento posible.

Los abogados deberán conocer los tratados internacionales relacionados con el derecho de las familias y saber cómo aplicarlos, así como tener conocimientos de derecho internacional privado.

Cuando se legisle sobre gestación por sustitución, deben observarse los aspectos multidisciplinarios del tema, incluyendo los de bioética y de salud, como los conceptos de reproducción humana y todo lo que puede suceder en un proceso de gestación y nacimiento. El verdadero problema no nace de las diferentes TRHA, sino que proviene del desconocimiento de los efectos de diverso orden que las mismas tienen con respecto a todos y cada uno de los involucrados.

Para salir de la clandestinidad y de las malas prácticas, es necesario encarar todas las situaciones y legislar al respecto.

VI. BIBLIOGRAFÍA

GIRE, *Gestación subrogada en México. Resultados de una mala regulación*, México, 2017, disponible en: gestacion-subrogada.gire.org.mx.

CUARTA PARTE
DE CARA AL FUTURO

CAPÍTULO DECIMOQUINTO

LA LABOR DE FOROS INTERNACIONALES EN MATERIA DE GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Nieve RUBAJA

...this instability in internal laws need not prevent work at the international level but the overall picture emphasises the importance of focusing on building bridges between legal systems, based on internationally established common principles, rather than work which might attempt any harmonisation of substantive laws concerning legal parentage.¹

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*. III. *El proyecto de Principios de Servicio Social Internacional*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La creciente globalización y la búsqueda de soluciones de quienes se ven impedidos para llevar adelante su proyecto familiar en sus propios Estados han conducido al notable aumento de acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos. Asimismo, esta circunstancia ha dejado un escenario en el que se han visto vulnerados los derechos humanos de los sujetos que participan en estos procesos, especialmente los de los niños nacidos. Por ello, el tema

¹ HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Prel. Doc. No. 3B, marzo de 2014, párr. 64, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.

se ha incorporado a la agenda de algunos foros internacionales que están trabajando en la búsqueda de soluciones y en la protección de los derechos humanos que se encuentran en juego en estos casos. A continuación, proponemos repasar el recorrido que han seguido dos organizaciones internacionales en el abordaje de esta temática.

II. EL TRABAJO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

El complejo escenario que se presenta a nivel global como consecuencia de la contratación y nacimiento de niños mediante la técnica de la gestación por sustitución en situaciones transfronterizas ha llamado también la atención de la comunidad jurídica internacional y el tema ha sido incorporado a la agenda de la HCCH desde hace varios años.

Corresponde destacar que la inclusión del tema ha sido en el marco del proyecto sobre “filiación”. Desde entonces, se ha realizado en este ámbito un importante y constante ejercicio de derecho comparado (tanto interno como internacional), un análisis de la realidad y práctica de estos acuerdos a nivel global y desde la perspectiva de los distintos actores en estos procesos. Finalmente, con una visión constructiva tanto desde las opciones, métodos y herramientas que ofrece el derecho internacional privado como desde la experiencia de la HCCH en la búsqueda de soluciones para conflictos en situaciones internacionales de la familia y la niñez, se ha reforzado el compromiso.

A continuación, se propone efectuar un repaso por el tratamiento que se le ha dado a esta temática en dicho ámbito.

1. *La incorporación de la temática en la agenda legislativa de la HCCH*

En ocasión de la reunión del Consejo General de Asuntos Generales y Política de la HCCH (en adelante, Consejo) de 2010 se reconocieron las complejidades que acarrea el tema de los acuerdos de gestación por sustitución transfronterizas para el derecho internacional privado. Asimismo, se advirtió sobre el impacto de estos casos en la aplicación del 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, Convenio de adopción de 1993), por lo que el tema se incorporó en la agenda de la reu-

nión de la Comisión Especial sobre la aplicación práctica de ese Convenio para 2010. Así, entre las conclusiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial, se observó que el número de acuerdos de gestación por sustitución en el ámbito internacional estaba aumentando rápidamente y se expresó la preocupación sobre la incertidumbre respecto a la situación jurídica de los niños nacidos como resultado de estos acuerdos. Sin embargo, se consideró que resultaba inadecuado el uso del Convenio de adopción de 1993 para los casos de gestación por sustitución y, por lo tanto, se recomendó que la HCCH estudiara el tema en particular.²

De este modo, entre los “nuevos temas” quedó incorporada la temática en la agenda de la HCCH y el Consejo invitó a la Oficina Permanente a preparar una nota, para la reunión del Consejo del año siguiente, que abordara las cuestiones de derecho internacional privado relacionadas con el estatus de los niños (excluida la adopción) y, en particular, sobre el reconocimiento de la filiación.³

2. *Los estudios e informes producidos por la HCCH*

Así, y como consecuencia del mandato otorgado en 2010, la Oficina Permanente elaboró un documento preliminar para su circulación entre los miembros en miras a la reunión del Consejo de 2011. En este documento se hizo un relevamiento de la problemática de la filiación, incluida la gestación por sustitución transnacional, mediante ejemplos y análisis de derecho comparado. Asimismo, se puso atención a las diferentes formas de establecer la filiación legal a nivel estatal (partidas de nacimiento, reconocimiento —*acknowledgement*— y mediante decisiones judiciales) y, consecuentemente, se pusieron de relieve las complejidades que ello acarrea para el derecho internacional privado. Además, se enunciaron las principales preocupaciones que presentan los acuerdos de gestación por sustitución internacionales: *a)* la protección de los vulnerables (el niño, la gestante y los padres intencionales); *b)* la regulación de las actividades de las agencias; *c)* la necesidad de la cooperación entre autoridades estatales; *d)* los aspectos contractuales

² Comisión Especial sobre el funcionamiento práctico del 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 (17-25 de junio de 2010), *Conclusiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial*, HCCH, párrs. 25 y 26, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf>.

³ Council on General Affairs and Policy of the Conference (7-9 April 2010), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, p. 3, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

de estos acuerdos, y e) se puso de manifiesto una especial preocupación por el inapropiado empleo del Convenio de adopción de 1993 para estos casos, señalando a tales efectos algunos de los principales motivos para ello (por ejemplo, la necesidad de que el consentimiento sea expresado luego del nacimiento del niño, artículo 4o.; el principio de doble subsidiariedad, artículo 4o., inciso b; el procedimiento contemplado en el artículo 17; la prohibición de contacto entre los adoptantes y el niño, artículo 29). Finalmente, se dejó planteada la interrogante respecto a qué es lo que la HCCH podría aportar en este ámbito y, sin perjuicio de las distintas opciones, se dejó ver la necesidad de seguir trabajando y profundizando en el tema y la necesidad y viabilidad de soluciones uniformes.⁴ En la reunión del Consejo de 2011, el informe fue bien recibido y se dispuso que se continuara recopilando información sobre la temática para analizar la posibilidad de lograr suficiente consenso para un abordaje de la problemática a nivel global.⁵

Al año siguiente, la Oficina Permanente elaboró un nuevo documento, intitulado *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*,⁶ que fue presentado en miras a la reunión del Consejo de 2012. El informe dio cuenta de que los acuerdos de gestación por sustitución a nivel internacional estaban creciendo a un ritmo rápido y, en consecuencia, también aumentaban las dificultades, principalmente los problemas relativos a la condición jurídica de los niños nacidos como consecuencia de tales acuerdos y las posibilidades de explotación y abuso.⁷ Así, se efectuó un análisis de la evolución, crecimiento y expansión del fenómeno a nivel global, y se profundizó sobre las tendencias en las políticas legislativas y el abordaje de la jurisprudencia en torno a la temática, distinguiendo los países que prohibían la gestación por sustitución, los que no la regulaban y los que la permitían —en el último caso se compararon distintos sistemas y enfoques en cuanto al tipo de regulación, la elegibilidad de los padres intencionales y de las gestantes, el estatuto del recién nacido, la regulación de las agencias, entre otros—. Además, se analizaron distintos enfoques para resolver la cuestión de la inserción de la filiación de los nacidos por gestación por sustitución en

⁴ HCCH, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 11, marzo de 2011, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

⁵ Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-7 April 2011), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párrs. 18-20, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf>.

⁶ HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 10, marzo de 2012, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-7f47-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

⁷ *Ibidem*, párr. 2.

el extranjero en los Estados de recibimiento de los nacidos: conflicto de leyes —*conflict of laws*—, método de reconocimiento o *lex fori*; también se consideró la determinación de la nacionalidad en cada uno de estos enfoques.⁸ Finalmente, se concluyó que este fenómeno podría requerir una solución global y se sugirió que continuara la labor en el ámbito de la HCCH.

En oportunidad de la reunión del Consejo de ese año se acogió con satisfacción el informe preliminar y se extendió el mandato para que la Oficina Permanente continúe con el trabajo, tal como lo había propuesto en el informe, y, por lo tanto, se le requirió que preparara y distribuyera un cuestionario para obtener información más detallada sobre las cuestiones de derecho internacional privado que se estaban suscitando en los Estados a raíz de los acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos y, asimismo, en relación con la filiación desde un enfoque amplio. En definitiva, se buscaba que el cuestionario permitiera captar los puntos de vista sobre la necesidad y el enfoque que debería abordarse en el tratamiento de la temática de la filiación, incluida la gestación por sustitución. El informe debía presentarse para la reunión del Consejo de 2014.⁹

Durante los años siguientes, la Oficina Permanente dio cumplimiento con el mandato que le había sido otorgado y, en consecuencia, realizó la circulación de distintos cuestionarios dirigidos a los Estados miembros, abogados, agencias, clínicas médicas y profesionales de la salud.¹⁰ Como resultado, la Oficina Permanente elaboró dos documentos: *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project* (Prel. Doc. No. 3B of March 2014)¹¹ y *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements* (Prel. Doc. No. 3C of March 2014),¹² que fueron presentados al Consejo a propósito de la reunión de 2014.

En el primero de estos documentos se da cuenta de la intensa labor que desarrolló la Oficina Permanente durante esos años, así como la cantidad de Estados, abogados, asociaciones profesionales, agencias de subrogación y organizaciones no gubernamentales que habían contestado los cuestionarios y se habían acercado a la Oficina a propósito de la temática tratada.¹³ Ello,

⁸ *Ibidem*, párrs. 20 y ss.

⁹ Council on General Affairs and Policy of the Conference (17-20 April 2012), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párr. 21, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf>.

¹⁰ Los cuestionarios están disponibles en el sitio web de la HCCH (www.hcch.net).

¹¹ HCCH, *The Desirability and Feasibility...*, *cit.*

¹² HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90efd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

¹³ HCCH, *The Desirability and Feasibility...*, *cit.*, párr. 4.

sin lugar a dudas, reflejaba el estado de la situación en la práctica y en la legislación y permitió un abordaje integral desde diversas áreas geográficas a nivel global y, en consecuencia, se realizó un profundo y serio análisis de la problemática.

Concretamente, desde esta perspectiva, los objetivos perseguidos por el documento han sido: 1) presentar un análisis conciso y accesible respecto de la conveniencia y viabilidad de que la HCCH continuara trabajando en esta temática, y 2) recomendar los “próximos pasos” para la discusión, especialmente en miras a la reunión del Consejo de ese año.¹⁴ En relación con el primer objetivo, se concluyó que resultaba evidente la necesidad de encarar un profundo trabajo a nivel internacional, con urgencia en el contexto de la gestación por sustitución, pero también en términos de la filiación en general; incluso, se consideró como un imperativo de los derechos de los niños involucrados en este campo temático. Respecto al segundo objetivo, el documento parte de un punto clave: “la viabilidad” y, en tal sentido, se advierte la dificultad en responder a esta interrogante, especialmente si se atiende al diverso enfoque de los Estados respecto a las cuestiones relativas a la filiación legal en el derecho interno y en el derecho internacional privado. También se pone de manifiesto la gran dificultad que impone el orden público internacional en un área tradicionalmente conectada con el medio cultural y social de los Estados y la necesidad de encontrar bases comunes para avanzar hacia un enfoque multilateral de los aspectos transfronterizos de la filiación. En tal sentido, se señala que la respuesta a esta interrogante podría depender, en primer lugar, del ámbito de aplicación de un futuro instrumento (filiación en general o sólo la derivada de acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos) y, asimismo, de la naturaleza de las soluciones, es decir, *hard law* o *soft law*.¹⁵ En definitiva, en relación con el segundo objetivo (los “futuros pasos”), se sugirió la formación de un Grupo de Expertos para facilitar una mayor exploración de la viabilidad de un instrumento multilateral vinculante o posibles medidas no vinculantes.¹⁶

El segundo de los documentos (*Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*)¹⁷ aborda con gran profundidad la problemática y la divide para su estudio en tres partes principales:

¹⁴ *Ibidem*, párr. 6.

¹⁵ *Ibidem*, párr. 41.

¹⁶ *Ibidem*, párrs. 69 y ss.

¹⁷ El informe fue elaborado por Hannah Baker, que contó con la colaboración de Laura Martínez-Mora (Principal Legal Officer) y de William Duncan (Consultant to the Permanent Bureau). También asistieron en la investigación Anna Bertram y Lukas Rass-Masson.

- 1) *Parte A. El establecimiento y la impugnación de la paternidad legal en el derecho interno.* En este ámbito se concluye que la influencia tanto social y científica como demográfica influyeron en la regulación de la filiación con un notable cambio: en un principio, el foco estaba puesto en la situación marital de los padres del nacido, pasando, posteriormente, a un enfoque que rechazó esta discriminación y redefinió los motivos por los que nacen las obligaciones de los padres con respecto a los hijos. Un segundo cambio ocurrió a finales del siglo XX cuando los desarrollos científicos permitieron establecer el parentesco genético con mayores certezas; pero, paradójicamente, la genética ya no resultó el parámetro determinante para la filiación, sino que en ciertas circunstancias la intención de los padres o su consentimiento resultó ser la base de la filiación, independientemente de la genética.¹⁸ En consecuencia, se asevera que los sistemas jurídicos han adoptado diversos criterios para regular esta cuestión según el contexto cultural, social y, a veces, religioso del Estado. Por ello, se enfatiza la importancia de centrarse en construir puentes entre los sistemas jurídicos, basados en principios comunes establecidos internacionalmente, en lugar de intentar unificar o armonizar las leyes sustantivas.¹⁹
- 2) *Parte B. Derecho internacional privado y normas de cooperación en materia de parentesco legal.* En esta sección se comparan los diversos sistemas estatales en este ámbito —los modos en que se registran las filiaciones²⁰ y las posibilidades y mecanismos para conseguir su reconocimiento extraterritorial— y los esfuerzos emprendidos a nivel bilateral, regional o internacional.
- 3) *Parte C. Acuerdos internacionales de gestación por sustitución.* En esta sección se profundiza en el escenario actual de la problemática, teniendo en cuenta el aumento de casos, la localización geográfica, los tipos de gestación que se acuerdan, los costos, la intervención de agencias o intermediarios. Asimismo, se señalan los principales problemas que dejan estos acuerdos respecto al estatuto legal del nacido y las formas en las que el derecho internacional privado resuelve este conflicto; el bienestar del niño (físico y psíquico); el derecho del niño a conocer sus orígenes; la posición de la mujer gestante, su elegibilidad, su consenti-

¹⁸ HCCH, *Study of Legal...*, cit., párr. 63.

¹⁹ *Ibidem*, párr. 64.

²⁰ Entre ellas se analiza la posibilidad de reconocimiento de pleno derecho, el reconocimiento voluntario (*acknowledgement*), el valor de las partidas de nacimiento, las decisiones judiciales, su reconocimiento en otros Estados y el impacto del orden público internacional.

miento informado, su salud física y psíquica; los donantes de material genético; los padres intencionales, etcétera.

En la reunión del Consejo de 2014 (8-10 de abril de 2014) se acordó que se debería continuar explorando la posibilidad de elaborar un instrumento multilateral en esta área. Por ello, se invitó a la Oficina Permanente a continuar con la recopilación de información y se tomó nota del apoyo expresado por un número considerable de miembros para el establecimiento de un Grupo de Expertos, aunque se decidió aplazar la determinación final del asunto hasta su reunión en 2015.²¹

En virtud de ello, la HCCH elaboró el informe *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note* (Prel. Doc. No. 3A of February 2015),²² en el que se actualiza la información hasta entonces recopilada y se da cuenta de las recientes decisiones del TEDH.

Finalmente, en la reunión del Consejo de marzo de 2015 se decidió que se convocara a un Grupo de Expertos para explorar la viabilidad del trabajo en relación con la filiación de los niños en situaciones transfronterizas, incluidos los nacidos de acuerdos de subrogación internacional.²³

3. *La labor del Grupo de Expertos*

El Grupo de Expertos se ha reunido, a marzo de 2019, en cinco oportunidades. A continuación, se realizará un repaso por el camino que ha transitado el Grupo, y de los puntos principales que se trabajaron, con el objetivo de cumplir con el mandato que le ha sido otorgado. Nótese que varias de las cuestiones incorporadas en los reportes que efectúa el Grupo solamente dan cuenta de su abordaje y posible discusión en ese ámbito, mas ello no implica que se haya llegado necesariamente a soluciones consensuadas al respeto. Igualmente, podrá apreciarse que algunas cuestiones que son introducidas en estas reuniones son retomadas y analizadas con mayor profundidad en las siguientes.

²¹ Council on General Affairs and Policy of the Conference (2014), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párr. 3, disponible en: <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive>.

²² HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, Prel. Doc. No. 3A, febrero de 2015, párr. 5, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.

²³ Council on General Affairs and Policy of the Conference (24-26 March 2015), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párr. 5, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>.

A. 1a. Reunión del Grupo de Expertos (15 al 18 de febrero de 2016)

Antes de la primera reunión, la Oficina Permanente elaboró el documento *Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*,²⁴ con el objeto de asistir al Grupo en el mandato que había sido otorgado por el Consejo; es decir, considerar la viabilidad en avanzar en el trabajo sobre el derecho internacional privado respecto del estatuto de los niños, incluidos los aspectos derivados de los acuerdos de subrogación internacional. Para tales fines, se realiza un repaso del trabajo realizado hasta entonces en el ámbito de la HCCH y se vuelve a plantear un panorama actualizado del estado de la problemática a nivel global.

Como resultado de la reunión se elaboró el *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy* (Prel. Doc. No. 3 of February 2016).²⁵ De este documento surge que, durante de este primer encuentro, se determinó que, debido a la complejidad del tema y la diversidad de enfoques de los Estados sobre estos asuntos, no se pudo llegar a conclusiones definitivas en cuanto a la viabilidad de un posible producto de trabajo en esta área y su tipo o alcance. Por lo tanto, el Grupo sugirió que el trabajo debería continuar y que debía centrarse, principalmente, en el reconocimiento. Así, se recomendó al Consejo que continuara su mandato.²⁶

En la reunión del Consejo de ese año fueron recogidas las sugerencias y recomendaciones y se invitó al Grupo de Expertos a continuar su trabajo de conformidad con su mandato, centrándose en el reconocimiento como un posible mecanismo de derecho internacional privado para abordar los problemas en esta área.²⁷

B. 2a. Reunión del Grupo de Expertos (31 de enero al 3 de febrero de 2017)

Del reporte elaborado como consecuencia de la reunión, intitulado *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 31 January-3*

²⁴ HCCH, *Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.

²⁵ HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Prel. Doc. No. 3, febrero de 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.

²⁶ *Ibidem*, párr. 16.

²⁷ Council on General Affairs and Policy of the Conference (15-17 March 2016), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párr. 15, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>.

February 2017),²⁸ puede advertirse que, para el mejor abordaje del tema de la filiación, se escindió la discusión en tres secciones:

- 1) *La filiación resultante de pronunciamientos judiciales.* En este campo se advirtieron mayores consensos en la posibilidad de desarrollar un instrumento vinculante que permita el reconocimiento de pleno derecho de estas decisiones, porque, en definitiva, se trata del reconocimiento de decisiones extranjeras, que es un mecanismo conocido por los distintos ordenamientos jurídicos, aunque probablemente resulten necesarias algunas salvaguardas especiales en razón de la temática. Se analizó separadamente el reconocimiento de las decisiones judiciales en torno a la impugnación de la filiación; no obstante, se concluyó que, en principio, ambas situaciones (reconocimiento e impugnación) podrían ser abordadas del mismo modo, aunque con consideración especial del derecho de defensa en juicio del demandado.²⁹
- 2) *La filiación que deriva de documentos públicos.* Se advirtió que los efectos que producen los documentos públicos (partidas o certificados de nacimiento) pueden diferir notablemente entre los distintos Estados. Asimismo, se distinguió entre el posible reconocimiento de la filiación que surja del documento y las cuestiones relativas a su validez formal. Por todo ello, se consideró que no puede darse un tratamiento similar a estos instrumentos que aquel propuesto para las decisiones judiciales. En consecuencia, para estos casos (que cuantitativamente son mucho más significativos, puesto que se trata de hacer valer una filiación en otro Estado) se propusieron, de manera tentativa, dos posibles soluciones: *a)* un enfoque de *applicable law*, que implica la determinación de la filiación en todos los casos con criterios comunes, aunque se advirtió que sería muy difícil alcanzar uniformidad respecto de estos criterios, y *b)* un enfoque basado en el reconocimiento. Algunos miembros del Grupo propusieron la creación de un nuevo documento uniforme —certificado internacional de filiación— para acreditar la filiación en el extranjero, o bien algún tipo de estampillado o sello que indique la existencia y validez del emplazamiento filial que surja de una partida de nacimiento en función de los efectos que produce en el Estado de origen de dicho instrumento.³⁰

²⁸ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 31 January-3 February 2017)*, febrero de 2017, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>.

²⁹ *Ibidem*, párrs. 6-12.

³⁰ *Ibidem*, párrs. 14-19.

- 3) *La filiación resultante del empleo de TRHA y de la gestación por sustitución.* Este tema fue analizado por separado en atención a las particulares problemáticas que presenta. El énfasis en el análisis estuvo puesto en la continuidad de los emplazamientos resultantes del empleo de estas técnicas, especialmente cuando se utiliza material genético de terceros o se gesta en el vientre de otra persona. Se advirtió el diferente tratamiento que dan los Estados a esta temática, aunque a nivel internacional se reconoció una preocupación común en torno de la explotación que sufren algunas mujeres. Adicionalmente, algunos expertos señalaron la importancia del derecho a la identidad y a conocer la información respecto del origen de los niños nacidos por el empleo de estas técnicas. Se evaluó la posibilidad de que se apliquen a todas las filiaciones —por naturaleza y por TRHA— las mismas normas de derecho internacional privado, aunque se advirtió que en estos casos podrían resultar necesarias mayores salvaguardas y/o estándares mínimos.³¹

En consecuencia, se concluyó que: 1) en principio, sería viable un instrumento vinculante para el reconocimiento de decisiones judiciales; 2) se necesita discutir en mayor profundidad el reconocimiento de la filiación que surge de documentos públicos, y 3) por la complejidad y diversidad de tratamiento para la filiación resultante del empleo de TRHA y de la gestación por sustitución, es necesario continuar la discusión para analizar la viabilidad de un instrumento general de derecho internacional privado aplicable también en estos supuestos y, en su caso, si resultan necesarias salvaguardas adicionales.³²

Luego, en ocasión de la reunión del Consejo anual de ese mismo año, atendiendo a la urgencia que este tema amerita, se extendió el mandato para que el Grupo de Expertos continúe explorando estos tres aspectos.³³

C. 3a. Reunión del Grupo de Expertos (6 al 9 de febrero de 2018)

Se desprende del reporte elaborado como consecuencia de la reunión, intitulado *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting*

³¹ *Ibidem*, párrs. 30 y 31.

³² *Ibidem*, párr. 38.

³³ Council on General Affairs and Policy of the Conference (14-16 March 2017), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párrs. 8-10, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/77326cfb-f77e-401a-b0e8-2de9efa1c7f6.pdf>.

of 6-9 February 2018),³⁴ el tratamiento que se le dio a los tres puntos antes señalados:

- 1) En cuanto al reconocimiento de decisiones extranjeras en materia de filiación, se acordó que el objetivo de un posible instrumento internacional sería el de proporcionar previsibilidad, certeza y continuidad de la filiación en el ámbito internacional para todas las personas involucradas, especialmente atendiendo al interés superior del niño. También se analizó el ámbito de aplicación material que tendría dicho instrumento (materias incluidas y excluidas). En general, se acordó que sería viable el reconocimiento de pleno derecho de las decisiones de filiación otorgadas en otros Estados, siempre que se satisficieran determinados filtros jurisdiccionales (jurisdicción indirecta)³⁵ y se establezcan causales específicas para rechazar el reconocimiento (por ejemplo, si afectara el orden público internacional, teniendo en cuenta el interés superior del niño; aspectos relativos al procedimiento, etcétera).³⁶
- 2) Respecto a los documentos públicos, y en atención a la diversidad de efectos que éstos poseen en los distintos Estados en cuanto al establecimiento o no de la filiación, se discutieron distintos enfoques: en primer lugar, la posibilidad de someter sus efectos a la unificación de reglas sobre derecho aplicable; en segundo lugar, la de reconocer al certificado de nacimiento como una presunción sujeta a prueba en contrario; finalmente, la de reconocer la filiación de pleno derecho, cuando el certificado de nacimiento sea constitutivo de la filiación.³⁷
- 3) En cuanto a la filiación resultante del empleo de TRHA y de la gestación por sustitución, la mayoría del Grupo destacó la importancia

³⁴ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 6-9 February 2018)*, febrero de 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/0510f196-073a-4a29-a2a1-2742c95312a2.pdf>.

³⁵ Se consideró que podría tratarse de posibilidades o conexiones alternativas, siempre que estuvieran dotadas de suficiente proximidad entre el Estado donde se establezca la filiación y el Estado donde se pretenda el reconocimiento. Se evaluaron las conexiones “residencia habitual del demandado” o “residencia habitual de la persona cuya filiación se trate” o, incluso, algunos expertos propusieron que se trate de “una conexión sustancial y real” (*real and substantial connection*), aunque se acordó que debía seguirse este análisis. Además, se analizó la posibilidad de que existan varios factores o conexiones y los riesgos de que se presente la figura del *forum shopping* en esta materia; no obstante, otros expertos consideraron que contar con varias alternativas podría implicar ciertas ventajas en un ámbito en el que pretenden garantizarse derechos fundamentales. *Ibidem*, párrs. 18-22.

³⁶ También se discutieron aspectos relacionados al derecho de defensa en juicio, la litispendencia, entre otros. *Ibidem*, párr. 23.

³⁷ *Ibidem*, párrs. 34-42.

de abordar esta temática en el producto del trabajo, puesto que muchos de los problemas internacionales relacionados con la filiación surgen actualmente de este contexto. Varias cuestiones se sometieron a discusión, entre las que se encuentra el identificar si esta temática podría incluirse en el instrumento general que atienda a las decisiones de filiación o si necesitaba un tratamiento o instrumento separado (por ejemplo, un protocolo opcional). Se reconoció que son muy distintos los enfoques y el tratamiento que se da a nivel estatal a la temática y que, por lo tanto, debe profundizarse en cuestiones relativas al orden público internacional, especialmente en casos de filiaciones claudicantes y de posible explotación. Se consideró que los conceptos relativos al orden público internacional y al interés superior del niño son claves para ser contemplados en discusiones futuras.³⁸

Finalmente, en miras a la siguiente reunión del Consejo, se recomendó que continúe la labor del Grupo de Expertos y que para el año siguiente se fijen dos reuniones del Grupo al respecto. La primera de ellas será para: *a)* profundizar el debate sobre el análisis de la posible unificación de las reglas del derecho aplicable a la filiación, y si resulta posible que dichas reglas se apliquen también al reconocimiento de las filiaciones establecidas en documentos públicos; *b)* continuar el análisis del posible reconocimiento de las filiaciones que surjan de documentos públicos, y *c)* profundizar las previsiones sobre reconocimiento de decisiones judiciales ya analizadas. La segunda reunión estará enfocada en profundizar específicamente en el tema de los acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos.³⁹

En la reunión del Consejo de ese año se extendió el mandato del Grupo de Expertos en los términos sugeridos.⁴⁰

D. 4a. Reunión del Grupo de Expertos (25 al 28 de septiembre de 2018)

Del reporte de esta reunión, bajo el nombre de *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)*,⁴¹ se advierte

³⁸ *Ibidem*, párrs. 43-51.

³⁹ *Ibidem*, párr. 52.

⁴⁰ Council on General Affairs and Policy of the Conference (13-15 March 2018), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párr. 6, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/715fc166-2d40-4902-8c6c-e98b3def3b92.pdf>.

⁴¹ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)*, octubre de 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466abb23-01f747d076fd.pdf>.

que el Grupo confirmó que existen tres vías primarias para establecer la filiación en casi todos los Estados: de pleno derecho, siguiendo un acto individual (o acto de reconocimiento) y mediante decisiones de autoridades estatales (en general judiciales). Asimismo, en la mayoría de los casos, la filiación no está establecida por una decisión judicial. Por ello, se discutieron los posibles métodos que podría contemplar un futuro instrumento internacional para facilitar la continuidad de la filiación cuando ésta surja de las dos primeras vías mencionadas. En tal sentido, por un lado, se consideró que cualquier método considerado para un futuro instrumento debe ser lo más simple posible para que tenga un valor agregado para las familias y para que resulte accesible para la implementación de los Estados; por otro lado, se consideró que una posible combinación de diferentes enfoques podría resultar más efectiva.⁴²

Dentro de las posibilidades para el reconocimiento de la filiación cuando no provenga de decisiones judiciales, se abordaron las siguientes opciones (en cada caso se analizaron las ventajas y los desafíos de cada una de ellas):

1) Reconocer la filiación sin realizar un control del derecho que se aplicó en el Estado de origen y tomar a la filiación que surja de la partida de nacimiento (o del acto de reconocimiento) como una presunción sujeta a prueba en contrario. Se advirtió que ello podría darse incorporando algunas condiciones para el reconocimiento o no (a), o mediante el reconocimiento de pleno derecho de la filiación establecida en el extranjero o resultante de un acto de reconocimiento (b). Respecto a esta última opción, apelando al método de reconocimiento, se advirtió la importancia para el Estado requerido de asegurarse que la filiación sea válida en el Estado de origen. En esta línea se pensó que una posibilidad podría ser la creación de un “certificado internacional de filiación” para acreditar la filiación otorgada de pleno derecho en otros Estados. Dicho certificado sería expedido a petición de la parte interesada, podría ser opcional y acreditaría la validez sustancial de la filiación.⁴³

En general, estos métodos permitirían cumplir con el objetivo de simplificar las formalidades administrativas y facilitar la circulación de los documentos; sin embargo, se advirtió que en muchos Estados no se aceptan este tipo de prácticas y, por lo tanto, ello no permitiría cumplir con los objetivos propuestos. Además, el reconocimiento de la filiación en estas condiciones aún podría ser cuestionado en el Estado requerido. Otros aspectos deberían continuar siendo explorados, en especial las cuestiones relativas a la jurisdicción indirecta y las causales de no reconocimiento, entre otros.⁴⁴

⁴² *Ibidem*, párrs. 7 y 8.

⁴³ *Ibidem*, párrs. 10-23.

⁴⁴ *Ibidem*, párrs. 12, 13, 19 y 21.

2) Reconocer la filiación controlando el derecho que se aplicó, para lo que se deberían establecer criterios (puntos de conexión) unificados. Se analizaron como opciones los puntos de conexión relativos al lugar de nacimiento, al lugar de la residencia habitual del hijo o al Estado que presente lazos más estrechos con el hijo,⁴⁵ y se repasaron las ventajas y las desventajas de cada uno de ellos. Se señaló que, en la gran mayoría de los casos, el Estado de nacimiento del niño normalmente sería el Estado de su residencia habitual y, por lo tanto, la distinción entre estos dos puntos de conexión no resulta relevante. En este sentido, varios expertos observaron que se podrían combinar estas conexiones de manera tal que la ley del Estado del nacimiento del niño podría aplicarse siempre que fuera también la ley del Estado de la residencia habitual del niño (para asegurar la proximidad y mitigar el posible *forum shopping*). Si estas dos conexiones no coincidieran, tal vez otra conexión subsidiaria podría aplicarse (por ejemplo, la ley del Estado de residencia habitual de la persona que dio a luz al niño o la ley del Estado con el que el niño tiene una conexión verdadera y sustancial).⁴⁶ En consecuencia, se acordó que sería necesario seguir discutiendo si estas soluciones resultan viables tanto para el momento del nacimiento del niño como para las situaciones generadas con posterioridad.⁴⁷ También se debatió el punto de conexión más adecuado para las filiaciones establecidas como consecuencia del acto de reconocimiento y si éstas podrían llegar a someterse a las reglas generales o si necesitarían otra conexión o criterios particulares, por ejemplo, la ley del Estado de la residencia habitual o nacionalidad del autor del reconocimiento.⁴⁸

En cuanto a los desafíos de este método, se señalaron: *a)* el hecho de que algunos Estados no estén acostumbrados a aplicar la ley extranjera a la cuestión de paternidad (aplican la *lex fori*). En tal sentido, se consideró que este reto podría mitigarse en cierta medida seleccionando un punto de conexión que resulte en la aplicación de la *lex fori* en la gran mayoría de los casos (por ejemplo, la ley del Estado de nacimiento). También se señaló que otros convenios de La Haya (por ejemplo, el Convenio de La Haya de 1996 sobre la protección de los niños) han superado tales desafíos; *b)* se planteó la interrogante relativa a si estas reglas podrían también aplicarse a los documentos públicos; *c)* se analizó si la exclusión del reenvío ayudaría a garantizar la previsibilidad y la certeza en el establecimiento de la filiación, y *d)* algunos

⁴⁵ *Ibidem*, párrs. 24-33.

⁴⁶ *Ibidem*, párr. 27.

⁴⁷ *Ibidem*, párr. 28.

⁴⁸ *Ibidem*, párr. 29.

expertos opinaron que este método requeriría cambios sustanciales en las prácticas actuales de ciertos Estados.⁴⁹

En lo atinente al objetivo de profundizar en las previsiones que podría tener un futuro instrumento internacional para el reconocimiento de filiaciones que surjan de decisiones judiciales, se abordaron las siguientes cuestiones: *a)* filtros jurisdiccionales, en donde se discutieron las conexiones mencionadas en reuniones anteriores e, incluso, la posibilidad de que la jurisdicción sea acordada por las partes. Tampoco se descartó la opción de que se optara por establecer la jurisdicción directa y las ventajas que ello acarrearía;⁵⁰ *b)* ámbito de aplicación material, en el que se reafirmó que las materias que están reguladas en otros convenios dentro del ámbito de la HCCH deberían ser excluidas. Se introdujo la discusión en torno a si la temática de la adopción doméstica debería ser incorporada como una de las formas de establecer la filiación.⁵¹ Algunos expertos también propusieron el debate sobre la posible inclusión de adopciones internacionales cuando uno o ambos Estados no fueran partes en el Convenio de adopción de 1993; sin embargo, se reafirmó que debe atenderse al espíritu de aquel Convenio y a que sus objetivos de garantizar que las adopciones se realicen en el mejor interés de los niños y de prevenir prácticas ilícitas no sean socavados de ninguna manera por un nuevo instrumento. Es decir, resulta crucial que cualquier instrumento nuevo no se use como una herramienta para evitar las salvaguardas del Convenio de La Haya de 1993. Por ello, dada la sensibilidad de este punto, se acordó que este tema requería mayor discusión y cuidado,⁵² y *c)* motivos o causales para el no reconocimiento, en donde esencialmente se abordó la excepción de orden público internacional y se acordó que su concepción debe ser en sentido similar a las de los otros convenios de La Haya en temáticas de niñez, es decir, “teniendo en cuenta el interés superior del niño”. También se discutió si el alcance de la excepción puede interpretarse en el sentido de no dejar al niño sin ningún lazo de filiación, entre otros aspectos.⁵³

Las conclusiones y recomendaciones al respecto se elaboraron luego de la 5a. Reunión del Grupo de Expertos, en la que se abordaría el tema de las TRHA y de los acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos, en particular.

⁴⁹ *Ibidem*, párr. 31.

⁵⁰ *Ibidem*, párrs. 35-39.

⁵¹ *Ibidem*, párrs. 40 y 41.

⁵² *Ibidem*, párr. 42.

⁵³ *Ibidem*, párrs. 43-46.

E. 5a. Reunión del Grupo de Expertos (29 de enero
al 1o. de febrero de 2019)

En esta oportunidad, el análisis se centró en la filiación que resulta del empleo de la gestación por sustitución transfronteriza. Tal y como surge del reporte de esta reunión, que lleva por título *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 29 January-1 February 2019)*,⁵⁴ varios expertos enfatizaron que el objetivo general del trabajo, y particularmente de cualquier instrumento que pueda incluir estas filiaciones, debía ser proteger los derechos y el mejor interés del niño, así como los derechos humanos de todos los involucrados. Por ello, un posible instrumento de derecho internacional privado en la materia no debía entenderse como una aprobación de la práctica de la subrogación, sino más bien como un mecanismo para evitar filiaciones claudicantes, así como para permitir a los Estados la mejor protección de los derechos humanos de todos los involucrados en estos asuntos. En consecuencia, la adopción de cualquier instrumento no estaría destinada a alentar a los Estados a introducir la subrogación como una práctica permitida.⁵⁵

Se analizaron por separado las situaciones en que la filiación por gestación por sustitución deriva de una sentencia judicial y cuando ésta deriva de un documento público.

a. Filiación por gestación por sustitución derivada
de una sentencia judicial dictada en el extranjero

Se reconoció que, en muchos países de origen, la filiación por gestación por sustitución es establecida de este modo; además, en muchos Estados de recibimiento de los niños, las filiaciones deben ser establecidas de cero o *de novo*. Asimismo, varios expertos sostuvieron que las decisiones judiciales en este ámbito garantizan y facilitan el reconocimiento de la filiación.⁵⁶

Por ello, se analizaron algunas de las condiciones que podría contener un instrumento internacional que persiga el fin de reconocer dichas decisio-

⁵⁴ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 29 January-1 February 2019)*, febrero de 2019, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

⁵⁵ *Ibidem*, párr. 9. Asimismo, se destacó la necesidad de prevenir la venta y tráfico de mujeres y niños. *Ibidem*, párr. 10.

⁵⁶ *Ibidem*, párr. 13.

nes en otros Estados parte,⁵⁷ entre las cuales se encuentran: a) la jurisdicción indirecta, en la que se discutió cuál sería la conexión que justifique la proximidad entre el juez y el caso en estos escenarios para considerar con competencia al juez que dicte la sentencia (jurisdicción indirecta). Algunos expertos concluyeron que sería el del juez del Estado del nacimiento del niño, puesto que sería la conexión que prevería mayor certeza y predictibilidad; no obstante, se estimó que, tal vez, resultaría necesario adicionar alguna condición para garantizar suficiente proximidad entre el juez y el caso y para combatir el tráfico de personas (por ejemplo, que también se trate del juez de la residencia habitual de la persona que dio a luz al niño);⁵⁸ b) salvaguardas o condiciones, en donde se reconoció el peso de la excepción de orden público en el ámbito de la gestación por sustitución; por ello, la mayoría de los expertos afirmó que resultaba de fundamental importancia el establecimiento de estándares mínimos o salvaguardas para los casos de gestación por sustitución a fin de conseguir la protección de las partes involucradas, aunque facilitando el reconocimiento de la filiación. Estas salvaguardas podrían funcionar como requisitos para el reconocimiento o como causales para el no reconocimiento. Además de la cláusula de orden público y de los aspectos procesales que ya habían sido abordados para el ámbito de la filiación en general, se comenzaron a analizar otras salvaguardas más específicas para el contexto de la gestación por sustitución. La mayoría de los expertos acordó que el consentimiento libre e informado de la gestante era la primera salvaguarda que se tenía que incluir. Otras salvaguardas para discutir podrían ser la necesidad de un vínculo genético entre el niño y alguno de los padres intencionales; la preservación y el acceso, bajo la debida guía, a la información concerniente de la explotación y tráfico de las mujeres; la elección y aptitud de la gestante y de los padres intencionales; los aspectos económicos, entre otras.⁵⁹

Con relación a la cooperación internacional, se reconoció que, en el contexto de la gestación por sustitución, los canales de comunicación y la cooperación entre autoridades serían sumamente valiosos para verificar que las salvaguardas acordadas hayan sido respetadas. Una consideración clave es cuándo y cómo ocurrirá tal verificación. Muchos expertos pensaron que un enfoque de cooperación a lo largo del acuerdo sería la opción más deseable, puesto que ayudaría a asegurar el cumplimiento de las garantías pertinentes como parte de un procedimiento confiable, en la medida de lo posible, antes de la concepción del niño, durante el embarazo y después del nacimiento

⁵⁷ Sin embargo, se estimó que también debía continuar estudiándose el enfoque centrado en el derecho aplicable. *Ibidem*, párr. 16.

⁵⁸ *Ibidem*, párr. 15.

⁵⁹ *Ibidem*, párrs. 17-20.

del niño, facilitando el posterior reconocimiento de la filiación. Sin embargo, varios expertos cuestionaron la viabilidad de tal enfoque. En consecuencia, la mayoría de los expertos acordó que un mecanismo de cooperación sería factible en la etapa de reconocimiento para verificar el cumplimiento de las garantías establecidas.⁶⁰

En cuanto a la viabilidad de la propuesta, la mayoría de los expertos reconoció que sería factible desarrollar un instrumento de reconocimiento de las filiaciones derivadas de sentencias judiciales en casos de gestación por sustitución; asimismo, se consideró que éstas requieren un tratamiento específico para facilitar la aplicación de las salvaguardas mencionadas y que ésta sería una mejor solución para respetar los diversos enfoques de la subrogación a nivel mundial, así como las preocupaciones políticas de muchos Estados. En consecuencia, la opinión mayoritaria fue que la forma más factible de avanzar sería abordar el reconocimiento de estas filiaciones en un instrumento separado, es decir, un protocolo.⁶¹

b. Filiación en los casos de gestación por sustitución que surgen en ausencia de una decisión judicial, es decir, cuando éstas se establecen por ley o por un acto de un individuo

Al respecto, se recordó la discusión de la cuarta reunión y de los desafíos que trae esta situación para los casos de filiación en general. La opinión general fue que esto podría ser considerado más adelante en una etapa posterior, dependiendo de cómo se resuelva el problema para los casos de filiación en general.⁶²

También se discutieron otros modos de establecimiento de filiación: por un lado, cuando en casos de gestación por sustitución la filiación se establece mediante la adopción, y, por otro, los casos en que se emplean TRHA. Respecto a las primeras, se recordaron las preocupaciones en torno a la coalición con la Convención de La Haya de 1993 en materia de adopción; para las segundas, se estimó que era prematuro arribar a conclusiones.⁶³

En consecuencia, como resultado de la labor llevada a cabo durante la 4a. y la 5a. reunión, la mayoría de los expertos recomendó desarrollar un

⁶⁰ Nótese que se destacó que este enfoque no requeriría necesariamente de un sistema de autoridades centrales. *Ibidem*, párr. 21.

⁶¹ *Ibidem*, párr. 22.

⁶² *Ibidem*, párrs. 23 y 24.

⁶³ *Ibidem*, párrs. 26 y 27, respectivamente.

instrumento general sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación, así como un protocolo separado para el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación derivada de la gestación por sustitución. Para los casos de la filiación establecida de pleno derecho o derivada del acto de un individuo (por ejemplo, reconocimiento), se recomendó seguir considerando otros métodos.⁶⁴

Finalmente, en la reunión del Consejo de marzo de 2019 se aprobó la continuación del trabajo del Grupo de Expertos con arreglo a las sugerencias y recomendaciones formuladas. Así, se dispuso que el trabajo futuro debía centrarse en desarrollar un instrumento de derecho internacional privado general sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación, así como la elaboración de un protocolo por separado sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras sobre la filiación legal que surge de los acuerdos internacionales de gestación por sustitución. Igualmente, el Consejo reconoció que la viabilidad de establecer disposiciones comunes en el tema requiere mayor estudio y discusión. Además, el Consejo subrayó que cualquier trabajo de la HCCH en relación con los acuerdos de gestación por sustitución no debe entenderse como apoyo u oposición de la subrogación. En cuanto a las adopciones internacionales, el Consejo decidió que éstas debían excluirse del ámbito del proyecto. El Grupo de Expertos informará al Consejo en su reunión de 2020.⁶⁵

4. Conclusiones

Resulta destacable la atención puesta por los Estados miembros de la HCCH a una temática actual y que en la práctica ha repercutido en la vulneración de los derechos de los sujetos que se encuentran involucrados en estos procesos, especialmente los derechos de los niños nacidos.

Asimismo, resulta remarcable la labor desarrollada hasta el momento por la HCCH. En este contexto, es dable advertir que todos los documentos elaborados por la Oficina Permanente han resultado un gran aporte, tanto para encarar la labor del Consejo como el trabajo llevado a cabo en las reuniones del Grupo de Expertos; además, han importado un profundo y detallado relevamiento del estado del arte en la temática, tanto a nivel legal y jurisprudencial como en la casuística de esta temática prácticamente en todo el

⁶⁴ *Ibidem*, párr. 32.

⁶⁵ Council on General Affairs and Policy of the Conference (5-8 March 2019), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, párrs. 7-12, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/c4af61a8-d8bf-400e-9deb-afd87ab4a56.pdf>.

mundo. Estos documentos, redactados en un lenguaje accesible y didáctico, con ejemplos prácticos, permiten la mejor comprensión de la problemática, ya sea por especialistas en derecho de familia y en derecho internacional privado o por estudiantes y funcionarios de gobierno, entre otros.

Celebramos el compromiso de esta organización en el abordaje, tratamiento y búsqueda de soluciones originales para problemas que aquejan a las familias en un contexto cada vez más globalizado, a pesar de las dificultades que ofrece la complejidad y sensibilidad de la temática.

III. EL PROYECTO DE PRINCIPIOS DE SERVICIO SOCIAL INTERNACIONAL

En el ámbito del ISS se ha convocado a un Grupo de Expertos, que se reunió en mayo de 2017 en la Universidad de Verona, Italia. A esta primera reunión del Grupo de Expertos asistieron treinta expertos y observadores de gobiernos, instituciones académicas, la sociedad civil y organizaciones internacionales, entre las que figuraron el Consejo de Europa, la Oficina Permanente de la HCCH, el relator especial de las Naciones Unidas sobre venta y explotación sexual infantil y la UNICEF. El Grupo de Expertos representó a varias regiones, incluidos Estados y organizaciones no gubernamentales que tienen diferentes enfoques para los acuerdos de subrogación nacionales e internacionales.

El Grupo reconoció que los diversos enfoques nacionales en relación con la gestación por sustitución conllevan a diferentes conflictos, tales como la potencial explotación de los niños, las mujeres y los padres intencionales. El Grupo de Expertos acordó, en particular, que los derechos de los niños deben ser protegidos, sin perjuicio de las circunstancias de su nacimiento. Asimismo, los Estados deben prohibir la venta de niños en el contexto de la gestación por sustitución, con particular referencia al Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía.⁶⁶ Como consecuencia de esta reunión se concluyó en la necesidad urgente de elaborar principios universales e integrales que consideren a la gestación por sustitución desde un enfoque centrado en la internacionalidad y en el niño, basado en los instrumentos legales de protección de derechos humanos y los estándares alcanzados, especialmente a partir de la CDN.⁶⁷

⁶⁶ Asamblea General, Resolución A/RES/54/263, 25 de mayo de 2000.

⁶⁷ ISS, "Experts Meeting to Discuss International Responses to Surrogacy at University of Verona", disponible en: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news/1/242-experts-meeting-to-discuss-international-responses-to-surrogacy-at-university-of-verona>.

El Grupo de Expertos tuvo su segunda reunión en Zúrich, Suiza, del 31 de enero al 2 de febrero de 2018, en la que continuó elaborando los principios propuestos.⁶⁸

La tercera reunión se llevó a cabo en La Haya, Países Bajos, del 5 al 8 de diciembre de 2018 y fue organizada por el Instituto Internacional de Estudios Sociales, en la que participaron expertos de múltiples disciplinas de varios países del mundo. La reunión se llevó adelante en tres etapas: una reunión de expertos de dos días y medio que se centró en refinar el borrador del texto elaborado sobre los principios; un simposio público de media jornada sobre la subrogación y los derechos del niño con un panel de discusión, y, por último, se realizó una consulta de un día sobre el proyecto de principios con aproximadamente veinte expertos en derechos de las mujeres para explorar la intersección entre los derechos de los niños y las mujeres en materia de subrogación. Esta discusión incluyó expertos que sostienen que debe abolirse la práctica, así como aquellos que proponen una mejor regulación de la misma.⁶⁹

El ISS y el Grupo de Expertos continuarán refinando el texto de los principios con miras a buscar mayor apoyo internacional. Asimismo, se planea una serie de consultas regionales para asegurar que los principios cuenten con contribuciones de todas las regiones del mundo.⁷⁰

También merece ser celebrada la inclusión de esta temática en la agenda del ISS y se confía en que los principios serán un gran aporte para la protección de los derechos de los sujetos involucrados en los procesos de gestación por sustitución transfronteriza.

IV. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, la afectación de los derechos humanos comprometidos en los casos en que se realizan acuerdos de gestación por sustitución transfronterizos amerita el tratamiento y la atención de la comunidad jurídica internacional. Por ello, se considera de gran importancia la incorporación de la temática a las agendas de la HCCH y del ISS, se celebra la labor que están llevando adelante y se confía en que el resultado de estos trabajos contribuirá en el camino a hallar justas soluciones a los conflictos que se suscitan en este campo.

⁶⁸ ISS, “International Experts Meeting in Zurich to Protect the Rights of Surrogate-Born Children”, disponible en: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news/1/286-international-experts-meeting-in-zurich-to-protect-the-rights-of-surrogate-born-children>.

⁶⁹ ISS, “Media Statement for Immediate Release”, 11 de diciembre de 2018, disponible en: http://www.iss-ssi.org/images/News/Press_Release_10December2018.pdf.

⁷⁰ *Idem*.

V. BIBLIOGRAFÍA

- COMISIÓN ESPECIAL SOBRE EL FUNCIONAMIENTO PRÁCTICO DEL 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 (17-25 DE JUNIO DE 2010), *Conclusiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (7-9 APRIL 2010), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (5-7 APRIL 2011), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6927488c-4415-4659-a2f0-e748fbc0a3f0.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (17-20 APRIL 2012), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8c32ee93-e150-4575-aad1-88ea8787f872.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (2014), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://www.hcch.net/en/governance/council-on-general-affairs/archive>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (24-26 MARCH 2015), *Conclusions and Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8e756bba-54ed-4d3e-8081-1e777d6950dc.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (15-17 MARCH 2016), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/679bd42c-f974-461a-8e1a-31e1b51eda10.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (14-16 MARCH 2017), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/77326cfb-ff7e-401a-b0e8-2de9efa1c7f6.pdf>.
- COUNCIL ON GENERAL AFFAIRS AND POLICY OF THE CONFERENCE (13-15 MARCH 2018), *Conclusions & Recommendations Adopted by the Council*, HCCH,

- disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/715fc166-2d40-4902-8c6c-e98b3de3b92.pdf>.
- HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 10, marzo de 2012, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/d4ff8ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.
- HCCH, *Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.
- HCCH, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 11, marzo de 2011, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.
- HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Prel. Doc. No. 3, febrero de 2016, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 31 January-3 February 2017)*, febrero de 2017, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/ed997a8d-bdcb-48eb-9672-6d0535249d0e.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 6-9 February 2018)*, febrero de 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/0510f196-073a-4a29-a2a1-2742c95312a2.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (Meeting of 25-28 September 2018)*, octubre de 2018, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/8525d54b-4923-466a-bb23-01f747d076fd.pdf>.
- HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Prel. Doc. No. 3C, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Prel. Doc. No. 3B, marzo de 2014, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.
- HCCH, *The Parentage/Surrogacy Project: An Updating Note*, Prel. Doc. No. 3A, febrero de 2015, disponible en: <https://assets.hcch.net/docs/82d31f31-294f-47fe-9166-4d9315031737.pdf>.
- ISS, "Experts Meeting to Discuss International Responses to Surrogacy at University of Verona", disponible en: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news/1/242-experts-meeting-to-discuss-international-responses-to-surrogacy-at-university-of-verona>.

ISS, “International Experts Meeting in Zurich to Protect the Rights of Surrogate-Born Children”, disponible en: <http://www.iss-ssi.org/index.php/en/news1/286-international-experts-meeting-in-zurich-to-protect-the-rights-of-surrogate-born-children>.

ISS, “Media Statement for Immediate Release”, 11 de diciembre de 2018, disponible en: http://www.iss-ssi.org/images/News/Press_Release_10December2018.pdf.

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.

ACERCA DE LOS AUTORES

María Mercedes ALBORNOZ

Profesora-investigadora titular en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE); investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Perteneció al Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución y al de Servicio Social Internacional sobre protección de los derechos de los niños en acuerdos transfronterizos de gestación por sustitución. Se desempeña como asesora externa *ad honorem* en la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de derecho internacional privado, además de ser miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (Asadip) y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip). Obtuvo el doctorado y un DEA, ambos en derecho internacional privado, en la Université Panthéon-Assas (Paris II). Asimismo, es abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina).

Mónica María Antonieta VELARDE MÉNDEZ

Miembro del Servicio Exterior Mexicano. Egresada de la Escuela Libre de Derecho y maestra en Derecho por la Universidad de Houston. Cuenta con un Posgrado en Derecho de la Unión Europea por el King's College, London University, y diversos diplomados y cursos. Es profesora de Derecho Internacional Público. Se ha desempeñado en la Secretaría de Relaciones Exteriores como asesora del consultor jurídico, subdirectora de África, directora de Medio Oriente y Asia Central y directora general adjunta de Asuntos Jurídicos. Es miembro supernumeraria de la Amedip.

Ximena María MEDELLÍN URQUIAGA

Profesora-investigadora en la División de Estudios Jurídicos del CIDE y candidata a investigadora nacional del Sistema Nacional de Investigadores. Doctora en Derecho por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM;

maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la University of Notre Dame, y licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana.

Isabel FULDA GRAUE

Maestra en Teoría Legal y Política por la University College London (UCL), y licenciada en Ciencia Política y en Relaciones Internacionales por el CIDE. Ha participado en proyectos de investigación y consultorías relacionados con temas de género y derechos humanos. Comenzó a trabajar en el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) desde 2012, donde a partir de 2017 coordina el área de investigación.

Rebeca RAMOS DUARTE

Abogada por la Escuela Libre de Derecho, con estudios de Maestría en Derechos Humanos por la Universidad Iberoamericana, Campus Ciudad de México. Se desempeñó como asesora parlamentaria de la LX Legislatura del Congreso de la Unión, en donde formó parte del grupo de trabajo para la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011. Desde 2012 colabora en el GIRE, donde actualmente es coordinadora de Incidencia en Política Pública.

Regina TAMÉS NORIEGA

Licenciada en Derecho por la Universidad Iberoamericana y maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, egresada del Washington College of Law, American University. Antes de incorporarse al GIRE como directora en 2011, formó parte de la Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y de Planned Parenthood Federation of America. Actualmente, además de dirigir el GIRE, coordina la Red Alas y es socia-fundadora de EQUIS Justicia para las Mujeres.

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

Trabaja como investigadora en el GIRE desde julio de 2018. Licenciada en Derecho por la Escuela Libre de Derecho de Puebla; maestra en Derecho de Amparo y Constitucional por la Universidad Iberoamericana, Golfo Centro, titulada con mención honorífica, y doctoranda en Derecho, en el área de Unión Europea, de la Universidad Nacional de Educación a Distancia de Madrid, España. Es miembro supernumeraria de la Amedip.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Doctora en Derecho Internacional Privado por la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Investigadora titular “C” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM e investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Mediadora certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México y asesora externa *ad honorem* en la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Es miembro de la Asadip, miembro de número de la Amedip e integrante de la International Academy of Comparative Law. Recibió el Premio Universidad Nacional Jóvenes Investigadores en Investigación Ciencias Sociales 2008. Asimismo, fue académica visitante en la Stanford Law School, California, Estados Unidos, 2012-2016 y 2018. A partir de 2018 es *Senior Weinstein Fellow* de la Weinstein International Foundation (WIF).

Federico Pablo NOTRICA

Abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires (UBA). En la misma universidad obtuvo el grado de magíster en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Profesor adjunto de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Avellaneda; docente ayudante de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho, UBA. Se desempeña como funcionario judicial —auxiliar letrado— de la Excma. Primera Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de Lomas de Zamora (provincia de Buenos Aires, Argentina). Ha colaborado como investigador en distintos proyectos UBACyT sobre técnicas de reproducción humana asistida, dirigidos por la doctora Marisa Herrera.

Cristina GONZÁLEZ BEILFUSS

Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Barcelona. Miembro de los grupos de expertos sobre acuerdos familiares transfronterizos y filiación y gestación por sustitución de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Representante de España en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Doctora en Derecho por la Universidad de Barcelona y licenciada en Derecho por la misma universidad. Asimismo, recibió el Diploma de la Academia de Derecho Internacional de La Haya.

Rosa Elvira VARGAS BACA

Egresada de la Facultad de Derecho de la UNAM. Especialista en Derecho Internacional Público y maestra en Derecho, ambos por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM. Diplomada en

Formación Docente y en Formación de Investigadores. Profesora de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado. Académica en la Facultad de Derecho de la UNAM, en la Universidad Anáhuac México Sur y en la Universidad Motolinía del Pedregal. Abogada postulante. Miembro supernumeraria de la Amedip.

Francisco LÓPEZ GONZÁLEZ

Licenciado en Derecho por la UNAM; LL.M. en Derecho Económico Internacional por la Universidad de Warwick, Inglaterra, y maestro en Derecho por la UNAM. Ha sido profesor de Derecho Internacional, Comercio Internacional y Teoría de la Argumentación Jurídica en diversas universidades, entre las cuales se encuentra el CIDE. Actualmente, es profesor en la Universidad Iberoamericana, Campus Saltillo, y en el Posgrado de Derecho de la UNAM. Es coautor del libro *Derecho internacional público*, editado por Oxford University Press México-CIDE, 2011.

María Virginia AGUILAR

Abogada especializada en derecho familiar internacional. Licenciada en Derecho y especialista por la UNAM. Profesora de Derecho Internacional Privado en la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la UNAM. Miembro de número y ex presidenta de la Amedip. Miembro del cuerpo de asesores externos *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, en materia de derecho internacional privado.

Nieve RUBAJA


Miembro del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución. Catedrática de Derecho Internacional Privado en la Universidad de Buenos Aires (UBA) y en la Universidad Nacional de José C. Paz. Profesora de posgrado en la UBA, en la Universidad Nacional del Sur y en la Universidad Nacional del Litoral, todas ellas en Argentina. Especialista en Derecho de Familia por la UBA. Miembro de la Asadip, de la Asociación Argentina de Derecho Internacional (AADI), de la Sección de Derecho Internacional Privado del Instituto de Derecho Empresarial de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires y del Instituto de Derecho Internacional Privado del Colegio de Abogados de la Capital Federal.

Elí RODRÍGUEZ MARTÍNEZ

Profesor e investigador en el Centro de Investigación e Informática Jurídica (CIJ) de la Escuela Libre de Derecho. Abogado por la misma Escuela Libre de

Derecho. Máster en Derecho Internacional y Relaciones Internacionales por el Instituto Universitario de Investigación “Ortega y Gasset”, España. Máster en Derecho de la Unión Europea por la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED), España. Fue secretario técnico de la Comisión de Asesores Externos de Derecho Internacional Privado, en la Consultoría Jurídica de la Secretaría de Relaciones Exteriores. Miembro de número y actual vicepresidente de la Amedip.

La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 3 de julio de 2020. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.



Doctora en Derecho Internacional Privado por la Université Panthéon-Assises (Paris II). Se graduó como abogada en la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina). Obtuvo el Diploma de Estudios Avanzados en Derecho Internacional Privado y del Comercio Internacional en la misma Université Panthéon-Assises.

Es profesora-investigadora titular en la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), y es investigadora, nivel II, del Sistema Nacional de Investigadores de México.

Asimismo, es miembro del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre *litigación y gestión por sustitución transfronteriza*, así como del Grupo de Expertos de la organización Servicio Social Internacional en materia de protección de los derechos de los niños en acuerdos de gestión por sustitución transfronteriza. Se desempeña como asesora externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de derecho internacional privado.

También es miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado. Ha publicado y dado conferencias en diversos países.

María Mercedes

ALBORNOZ

El presente libro aborda un tema complejo y controvertido, utilizando información de punta para analizar las implicaciones jurídicas de la gestación por sustitución de manera sistemática y profunda, pero a la vez con un alto grado de claridad que permite la comprensión de las distintas aristas de la problemática y que incita a la reflexión. La obra está organizada en cuatro partes. La primera parte trata aspectos generales de la gestación por sustitución a nivel interno e internacional y destaca el carácter interdisciplinario del tema. La segunda parte ofrece un nutrido panorama del estado de la cuestión en el derecho comparado. La tercera parte se concentra exclusivamente en México, que fue durante unos años destino de turismo reproductivo para residentes en el exterior, y estudia su regulación para casos internos e internacionales, sin desdeñar los aspectos prácticos. Finalmente, en la cuarta parte, tomando en cuenta la diversidad de actitudes estatales con respecto al tema, se propone cómo sería óptimo regularlo en el derecho internacional privado mexicano, a fin de proteger los derechos de todos los sujetos intervinientes y, especialmente, los de los niños nacidos a raíz de esta práctica.

