

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 trialista 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 confluir 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, Nuria 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 *Mennesson*, 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 pluralista 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.