

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 aproxi-

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://escuelajudicialbj.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.