

CAPÍTULO XVII
BREVES ANOTACIONES SOBRE LOS PROBLEMAS
DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO RESPECTO
A LOS CONTRATOS INTERNACIONALES
SOBRE MATERNIDAD SUSTITUTIVA

Elí RODRÍGUEZ MARTÍNEZ*

*Para Sonia, con todo mi cariño
y con el mejor de mis recuerdos*

“Cuando un amigo se va,
Sólo quedan los recuerdos,

...

“Quizás no pierdo un amigo,
tal vez ya gané a un aliado,
que esté al final a mi lado,
para mostrarme el camino”.

Efrén ROMERO ACUÑA
“Para un amigo muerto”

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Las técnicas de reproducción asistida.*
III. *La maternidad subrogada.* IV. *Problemas de derecho internacional
privado en los acuerdos internacionales de maternidad subrogada.* V. *Con-*
clusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, la necesidad de la preservación de la especie humana ha hecho que la fertilidad humana juegue un rol muy importante dentro de la sociedad, en todas las culturas, en todos los tiempos.

La necesidad de tener una stirpe va más allá de lo meramente biológico y de la necesidad de preservación, además, se encuentra íntimamente vinculada a otros factores, tales como el religioso. Así, en muchas culturas, o en todas ellas, la preservación de la stirpe se encuentra relacionada con la pre-

servación del linaje, el nombre de la familia, el patrimonio familiar, e incluso, el favor de Dios, o de los dioses según la cultura; de tal manera que el tener mucha estirpe era considerado como una bendición de Dios,¹ en tanto que su ausencia era considerado como una deshonra o castigo divino.²

Lo anterior ha hecho que, a lo largo de la historia, se busquen maneras de poder combatir la infertilidad o esterilidad humana y asegurar una descendencia.

Así, en el libro del *Génesis* se cuenta que Raquel, esposa de Jacob, el Patriarca

...tuvo envidia de su hermana, y decía a Jacob: Dame hijos, o si no, me muero.

Y Jacob se enojó contra Raquel, y dijo: ¿Soy yo acaso Dios, que te impidió el fruto de tu vientre?

Y ella dijo: He aquí mi sierva Bilha, llégate a ella, y dará a luz sobre mis rodillas, yo también tendré hijos de ella (Gen. 30: 1-3).

Sin embargo, el caso más conocido es el de la esterilidad de Sara, mujer del Patriarca Abraham, que ante su imposibilidad de concebirle un hijo, le entregó a su marido, tal como era la costumbre de la época, su esclava, Agar, a fin de que él se allegase a ella y procreara en ella un hijo, que sería su heredero y sobre el cual se mantendría su linaje, y ese hijo sería considerado por Sara como hijo suyo, como hijo propio.

Sin pretender hacer un estudio exhaustivo sobre las técnicas de reproducción asistida y la maternidad subrogada desde la perspectiva de la bioética, nos limitaremos a exponer los problemas que en el derecho internacional privado generan los contratos internacionales de maternidad subrogada.

II. LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La maternidad sustitutiva o maternidad subrogada es una de las “técnicas de reproducción asistida” (TRA).

¹ Así en la *Biblia*, en el Libro de Rut se lee que “Las mujeres decían a Noemí: Loado sea Jehová, que hizo que no te faltase hoy pariente, cuyo nombre será celebrado en Israel; el cual será restaurador de tu alma, y sustentará tu vejez; pues tu nuera, que te ama, lo ha dado a luz; y ella es de más valor para ti que siete hijos” (Rut 4:14-15. Versión Reina Valera, 1960).

² En la *Biblia*, en el Primer Libro de Samuel se lee: “Y cuando llegaba el día en que Elcana ofrecía sacrificio, daba a Penina su mujer, a todos sus hijos y a todas sus hijas, a cada uno su parte. Pero a Ana daba una parte escogida, porque amaba a Ana, aunque Jehová no le había concebido tener hijos... Y su rival la irritaba, enojándola y entristeciéndola, porque Jehová no le había concedido tener hijos” (1° Sam. 1:4-6. Versión Reina Valera, 1960).

Tales técnicas de reproducción (humana) asistida (TRA) o técnicas de fertilización asistida, como también se les conoce, pueden ser definidas como “todos aquellos métodos, con intervención de terceras personas (médicos, agencias intermediarias, madre sustituta), mediante los cuales se trata de aproximar en forma artificial a los gametos femeninos (óvulos) y masculinos (espermatozoides) con el objeto de favorecer el embarazo”.³

Por tanto, la finalidad fundamental de las técnicas de reproducción asistida es “la actuación médica ante la esterilidad humana para facilitar la procreación cuando otras terapéuticas se hayan descartado por inadecuadas o ineficaces”;⁴ aunque también dichas técnicas pueden ser empleadas “en la prevención y tratamiento de las enfermedades de origen genético o hereditario...”.⁵

Entre las técnicas de reproducción asistida podemos mencionar:

a) La *inseminación artificial*, que consiste en trasladar el semen previamente recogido de un varón e implantarlo en el interior de la vagina o útero de una mujer.

b) La fecundación *in vitro* consiste en la extracción directa de varios óvulos de una mujer los cuales son fecundados con el esperma de un hombre en un medio adecuado, *in vitro*, los cuales habrán de ser implantados dentro del útero de la madre.

c) La *transferencia intratubárica de gametos* es un procedimiento similar a la fecundación *in vitro* pero se diferencia de éste en que la fecundación se produce dentro de las trompas de falopio de manera natural. A través de medicamentos se estimula la ovulación, una vez maduros éstos se extraen y son fecundados con el esperma y luego son implantados en las trompas de Falopio en lugar de hacerlo *in vitro* en laboratorio.

d) La *maternidad subrogada*, la cual emplea la misma técnica que la fecundación *in vitro*, con la diferencia de que el embrión fecundado es implantado en el útero de la madre subrogada.

³ Scotti, Luciana B., “El reconocimiento extraterritorial de la “maternidad subrogada”: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”. Véase <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/1/el-reconocimiento-extraterritorial-de-la-maternidad-subrogada-una-realidad-collmada-de-interrogantes-sin-respuestas-juridicas.pdf>. Fecha de consulta: 5 de septiembre de 2013.

⁴ Artículo 1.2 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida (Ley 35/1988), de España. Publicada en el *Boletín Oficial del Estado (BOE)* núm. 282, del 24 de noviembre de 1988, corrección de errores en *BOE* núm. 284, del 26 de noviembre de 1988.

⁵ Artículo 1.3 de la Ley de Técnicas de Reproducción Asistida. *Idem*.

III. LA MATERNIDAD SUBROGADA

“Subrogación es la sustitución o cambio de una cosa o de una persona por otra”. Por tanto, hablar de “maternidad subrogada” es hacer alusión a la sustitución o cambio de una persona por otra, es decir, de una mujer —a quien se presume en primera instancia como madre— por otra. Por tanto se entiende por maternidad subrogada: “la práctica mediante la cual una mujer gesta un niño por otra, con la intención de entregárselo después del nacimiento”.⁶

La maternidad subrogada... implica el alquiler de las funciones reproductivas o del organismo de la mujer y la renuncia de sus derechos como madre biológica a favor de la pareja contratante, ora en función del propio contrato de gestación, ora en virtud de la adopción del niño por parte de la mujer o de la pareja contratante.⁷

La técnica de la maternidad subrogada tiende a formalizarse a partir de un acuerdo por el que una mujer, la “madre subrogada”, acepta someterse a las técnicas de reproducción asistida para llevar a cabo la gestación a favor de un individuo o pareja comitente, también llamados “padres intencionales” o “padres subrogantes”, a quienes se compromete a entregar el niño o niños que puedan nacer.⁸

En otras palabras, dicha práctica consiste en un acuerdo —oneroso o gratuito— por el cual una mujer se compromete a llevar a cabo una gestación para una pareja, renunciando a toda pretensión de maternidad al producirse el nacimiento, y/o permitiendo la adopción por parte de la pareja contratante.

Otras denominaciones que recibe la maternidad subrogada son:⁹

- Alquiler de vientre.
- Alquiler de útero.
- Arriendo de útero.
- Arrendamiento de vientre.

⁶ Hurtado Oliver, Xavier, “El derecho a la vida ¿y la muerte? Procreación humana, fecundación *in vitro*, clonación, eutanasia y suicidio asistido. Problemas éticos, legales y religiosos”, México, Porrúa, 1999, p. 54.

⁷ De la Torre Vargas, Maricruz, “La fecundación *in vitro* y la filiación”, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1993, p. 204.

⁸ Scotti, *op. cit.*, nota 3.

⁹ Arámbula Reyes, Alma, “Maternidad subrogada”, México, Centro de Documentación, Información y Análisis, Cámara de Diputados, 2008, p. 33.

- Donación temporaria de útero.
- Gestación por cuenta ajena o por cuenta de otro.
- Gestación de sustitución.
- Gestación subrogada.
- Madre portadora.
- Maternidad sustituta.
- Maternidad de sustitución.
- Maternidad suplente.
- Maternidad de alquiler.
- Maternidad de encargo.
- Madres de alquiler.
- Madres portadoras.
- Vientre de alquiler.
- *Surrogated motherhood*, en su denominación en inglés, y
- *Barriga de alugel*, en su denominación en portugués.

Pero la denominación que ha predominado de todas es la de maternidad subrogada.

Los supuestos en los que, por lo general, se recurre a la maternidad sustitutiva son:

- a) Por *infertilidad o esterilidad femenina*, cuando la mujer dentro del matrimonio es infértil, ya sea por imposibilidad para concebir o bien por imposibilidad para alojar el embrión en el útero.
- b) Por *conveniencia masculina*, bien sea porque un hombre soltero recurra a esta técnica para ser padre o en el caso, el más común de ellos, de un matrimonio o pareja homoparental masculina que desean ser padres.
- c) Por *conveniencia femenina*, ya sea que la mujer que desea ser madre no quiera soportar los inconvenientes que conlleva un embarazo, que van desde el ver afectada su figura, el evitar las molestias propias del embarazo como por cuestiones de índole laboral.

A su vez, la maternidad sustitutiva se realiza bajo dos formas:¹⁰

- a) La subrogación tradicional, plena o total (*traditional surrogacy*), consistente en el arrendamiento de vientre y óvulo, en el cual la madre subrogada es también la madre genética, toda vez que un óvulo suyo es fecundado con el

¹⁰ Scotti, *op. cit.*, nota 3.

esperma del padre comitente o de un tercer donante. En este caso, la madre subrogada aporta tanto el útero como sus propios óvulos.

En este caso, no se puede hablar propiamente de una “maternidad subrogada” sino más bien de una inseminación artificial.

b) La subrogación gestacional o parcial (*gestational surrogacy*), o arrendamiento de vientre, que consiste en la gestación en el útero de la madre subrogada del óvulo de una mujer diferente, sea la madre comitente o subrogante o una tercera donadora, independientemente de quien sea el donante del esperma con el cual es fecundado el óvulo implantado.

En este caso hablamos propiamente de una maternidad subrogada.

En lo sucesivo cuando hablemos de maternidad subrogada estaremos haciendo referencia a este último supuesto.

En la actualidad no existe una tendencia legislativa uniforme respecto a la maternidad subrogada, toda vez que existen países que la permiten, otros que la prohíben y otros tantos se han mantenido indiferentes y no han legislado ni para permitirla ni para prohibirla.

Entre los países que prohíben la maternidad subrogada y, por tanto, en los que dichos contratos son considerados nulos, se encuentran: Alemania,¹¹ Austria,¹² Colombia,¹³ Costa Rica,¹⁴ Dinamarca,¹⁵ así como los siguientes

¹¹ La Ley sobre protección de embriones, del 13 de diciembre de 1990, dispone que:

§1 Aplicación abusiva de técnicas de reproducción:

1) Será sancionado con pena privativa de libertad de hasta 3 años o con pena de multa a quien: 7. Emprenda una fecundación artificial o una transferencia de un embrión humano a una mujer que esté dispuesta a entregar a terceros el niño después de su nacimiento de modo permanente (madre sustituta).

¹² La Ley de Medicina Reproductiva prohíbe la maternidad subrogada (artículos § 2 y § 3 de la ley). Véase <http://www.bmeia.gv.at/es/embajada/santiago-de-chile/consejos/austracos-en-chile/nacionalidad.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹³ La Ley 919 de 2004 que introduce una reforma al artículo 134 del Código Penal dispone que: “Quien trafique, compre, venda o comercialice componentes anatómicos humanos, incurrirá en pena de tres a seis años de prisión” (artículo 2o.). Ver: http://www.ub.edu/dpe/nal/CP_Colombia_2000_actualizado.pdf. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁴ El artículo 1o. de la Norma 24029-S que regula la Realización de Técnicas de Reproducción Asistida *In Vitro* o FIV dispone que: “Autorízase, únicamente entre cónyuges [el subrayado es mío], la realización de técnicas de reproducción asistida en el país, que deberán regirse por las disposiciones del presente Decreto Ejecutivo”. No obstante esta permisión, dicho Decreto Ejecutivo fue anulado por inconstitucionalidad mediante resolución de la Sala Constitucional No. 2306 del 15 de marzo de 2000. Ver: <http://www.pgr.go.cr/scij/scripts/TextoCompleto.dll?Texto&nNorma=25469&nVersion=26946&nTamanoLetra=10&strWebNormativa=> http://www.pgr.go.cr/scij/&strODBC=DSN=SCIJ_NRM;UID=sa;PWD=scij;DATABASE=SCIJ_NRM;&strServidor=\\pgr04&strUnidad=D:&strJwaScript=NO. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

¹⁵ El artículo 2.11 de la Ley sobre las Aplicaciones Biotecnológicas en Medicina dispone que: “Los óvulos fecundados sólo podrán ser utilizados para su implantación en la mujer de

países: España,¹⁶ Francia,¹⁷ Suiza¹⁸ y Uruguay,¹⁹ entre otros.

Entre los pocos países que la permiten, aunque varios de ellos con ciertas limitaciones o condiciones, podemos mencionar el caso de Brasil,²⁰

la que procedan los óvulos”, entendiéndose esto en el contexto de una inseminación artificial, por tanto, la maternidad subrogada se encuentra prohibida. Véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/72.pdf>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁶ El artículo 8.1 de la Ley 14/2006, del 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida dispone que: “Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero”. No obstante lo anterior, el Código Civil Catalán (Ley 25/2010 del 29 de julio) establece que “La filiación por naturaleza, con relación a la madre, resulta del nacimiento; con relación al padre y la madre puede establecerse por el reconocimiento, por el consentimiento a la fecundación asistida de la mujer, por el expediente registral o por sentencia, y, únicamente con relación al padre, por el matrimonio con la madre” (artículo 235-3).

De igual manera, la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución, de 5 de octubre de 2010, dispone que “La inscripción de nacimiento de un menor, nacido en el extranjero como consecuencia de técnicas de gestación por sustitución, sólo podrá realizarse presentando, junto a la solicitud de inscripción, la resolución judicial dictada por Tribunal competente en la que se determine la filiación del nacido”. Véase http://www.migrarconderechos.es/legislation/Mastertable/legislacion/Instruccion_DGRN_05_10_2010;jsessionid=4FF3F418C6754A505D9DAB15E8F41597. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

¹⁷ El artículo 16-7 del Código Civil dispone que: “Es nulo todo convenio relativo a la procreación o a la gestación por cuenta de otro” (reforma introducida por la Ley No. 94-653, relativa al respeto del cuerpo humano). Recientemente tres sentencias de la Corte de Casación de Francia del 7 de abril de 2011 establecieron que los acuerdos internacionales de subrogación violan el orden público francés, Scotti, *op. cit.*, nota 3.

¹⁸ El artículo 119 a) de la Constitución Federal de la Confederación Suiza dispone que: “1) La Confederación dictará normas en el campo del trasplante de órganos, tejidos y células. Al hacerlo, buscará garantizar la protección de la dignidad humana, la personalidad y la salud... 3) La donación de órganos, tejidos y células de origen humano es gratuito. El comercio de órganos humanos está prohibido”. Véase <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/19995395/index.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013. El artículo 4 de la Ley Federal sobre la Procreación Médicamente Asistida dispone que: “La donación de óvulos y embriones así como la maternidad sustitutiva están prohibidas”. Véase <http://www.admin.ch/opc/fr/classified-compilation/20001938/index.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

¹⁹ El artículo 134 del Código de la Niñez y de la Adolescencia señala: “No tendrá validez el consentimiento que se otorgue para la separación del hijo que está por nacer o dentro de los 30 días de su nacimiento”. Véase http://www.badaj.org/ckfinder/userfiles/files/Nacionales/Uruguay/Codigo_Ninez_adolescencia-Uruguay.pdf. Fecha de consulta: 8 de septiembre de 2013.

²⁰ La Norma II, punto 1 de las Normas éticas para a Utilização das Técnicas de Reprodução Assistida (aprobadas por Resolución 1358 /1992 del Consejo Federal de Medicina) dispone que: “Toda mujer, en los términos de Ley, que haya solicitado y cuya indicación que no rebase los límites de esta Resolución puede ser receptora de las Técnicas de Reproducción Asistida, desde que haya aceptado de manera libre y consiente en documento de consentimiento informado”; con la limitación de que la “gestación de sustitución” (*gestação de sus-*

Chile²¹ (en América), Grecia,²² India,²³ Israel,²⁴ Italia,²⁵ así como el Reino

tituição) o “donación temporal de útero” (*doação temporária do útero*) “no podrán tener carácter lucrativo o comercial” (Norma VII, punto 2). Véase http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²¹ El artículo 182 del Código Civil establece que: “El padre y la madre del hijo concebido mediante la aplicación de técnicas de reproducción humana asistida son el hombre y la mujer que se sometieron a ellas. No podrá impugnarse la filiación determinada de acuerdo a la regla precedente, ni reclamarse una distinta” (reforma introducida mediante la Ley No. 19, 585 que Modifica el Código Civil y otros cuerpos legales en materia de filiación, del 26 de octubre de 1998; por tanto, dichos acuerdos de maternidad subrogada son permitidos. Véase http://www.cinder.info/wp-content/uploads/file/Legislacion/Chile/CODIGO_CIVIL_CHILE_NO.pdf. Fecha de consulta: 9 de septiembre de 2013.

²² El artículo 1458 de la ley 3089/2002 establece que: “La transferencia de un óvulo fertilizado a otra mujer (el óvulo no debe ser de ella) y su embarazo deberá ser permitida por autorización judicial expedida antes de la transferencia, la cual será dada previo acuerdo escrito y sin beneficios económicos entre las partes implicadas (éstas son las personas que desean tener un niño y la gestante, y en los casos en los que ésta está casada, de su esposo también). La autorización judicial será expedida y seguida de un escrito presentado por la mujer que quiere tener un hijo en el que conste evidencia que demuestre no sólo que ella es médicamente incapaz de concebir un hijo, sino también que la gestante goza de buena salud y es capaz de concebir”; asimismo, el artículo 1464 del Código Civil griego, “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”; citados por Lamm, Eleonora, “Gestación por sustitución. Realidad y derecho”, *Revista para el Análisis del Derecho (INDRET)*, Barcelona, julio de 2012, p. 14.

²³ El artículo 34.1 de la Ley que regula las Técnicas de Reproducción Asistida (*Assisted Reproductive Technology (Regulation) Bill*) de 2008, dispone que: “Tanto las parejas como individuos que busquen la subrogación a través del uso de las técnicas de reproducción asistida, y la madre subrogada, deberán pactar un acuerdo de subrogación el cual será legalmente ejecutable”. Véase http://www.prsindia.org/uploads/media/vikas_doc/docs/1241500084~~DraftART Bill.pdf. Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁴ La Ley 5746 establece los siguientes requisitos: (1) los comitentes deben ser una pareja conformada por una mujer y un hombre (Sect. 1); (2) la comitente debe acreditar su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación (Sect. 4(2)); (3) los embriones deben haberse creado “in vitro” con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y espermatozoides del padre comitente (Sect. 2(4)); (4) la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente (Sect. 1, 2(3), b)); (5) la gestante debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera (Sect. 2(3), a)); (6) la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado (Sect. 2(5)). Lamm, *op. cit.* nota 22, p. 13.

²⁵ El artículo 4o. de la Ley en materia de Procreación Médicamente Asistida dispone que: “1. El recurso a la técnica de procreación médicamente asistida es permitida sólo cuando esté confirmada la imposibilidad de eliminar la causa que impide la procreación y se encuentre limitada al caso de la infertilidad o esterilidad inexplicable y debidamente documentada así como a la esterilidad o infertilidad comprobada y certificada médicamente... 3) Está prohibido el recurso

Unido²⁶ y Rusia,²⁷ entre otros.

En los Estados Unidos son varias las entidades federativas que aceptan la maternidad subrogada, principalmente California; la única entidad que los prohíbe es Nueva York.

En el caso de México, el artículo 491 del Código Civil del Estado de Coahuila dispone que “el contrato de maternidad subrogada es inexistente y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un óvulo fecundado fuese implantado en una mujer de quien no proviniera el material genético, la maternidad se atribuirá a ésta y no a quien lo aportó”.²⁸

En cambio, el Código Civil del Estado de Tabasco no sólo permite y reconoce los contratos de “maternidad por gestación sustitutiva” o “maternidad sustitutiva” sino que los regula al señalar que:

En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”... o “habido como consecuencia de cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El Oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado...

En el caso de los hijos nacidos como resultado de la participación de una madre gestante sustituta, se presumirá la maternidad de la madre contratante que la presenta, ya que este hecho implica su aceptación. En los casos en los que participe una madre subrogada, deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena.

Se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, mas no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Se considera madre contratante a la mujer que convenga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.

a la técnica de procreación médicamente asistida de tipo heterólogo”. Véase <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2292/60.pdf>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

²⁶ La Ley de Acuerdos de Subrogación (*Surrogacy Arrangements Act*), de 1985, regula los acuerdos de maternidad subrogada. Véase <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1985/49/section/1>. Fecha de consulta: 11 de septiembre de 2013.

²⁷ El artículo 51 del Código de Familia de la Federación de Rusia establece que “Las personas, que dieron su consentimiento escrito para la implantación del embrión a otra mujer con el fin de su gestación, pueden ser registrados como padres del niño sólo al disponer del consentimiento de la mujer, que dio a luz el niño (madre subrogada)”. Véase <http://www.surrogacymed.es/ley/maternidad-subrogada-en-rusia.html>. Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2013.

²⁸ Véase <http://docs.mexico.justia.com.s3.amazonaws.com/estatales/coahuila/codigo-civil-para-el-estado-de-coahuila-de-zaragoza.pdf>. Fecha de consulta: 18 de septiembre de 2013.

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido de una madre gestante sustituta, cuando el hijo nazca de una mujer casada que viva con su esposo, el Oficial del Registro Civil no podrá asentar como padre a otro que no sea el mismo marido, excepto que éste haya desconocido al hijo y exista sentencia ejecutoria que así lo declare (artículo 92).

Salvo el caso de que se trate de un hijo nacido como resultado de un contrato de maternidad sustituta, el hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido y por sentencia ejecutoriada se haya declarado que no es hijo suyo (artículo 360).

En el estado de Jalisco se presentó al Congreso del Estado en 2011 una “Iniciativa de Ley que regula la Subrogación Materna”,²⁹ iniciativa que pretendía reformar el Código Civil del Estado; sin embargo, dicha iniciativa no fue aprobada.

La única entidad federativa que ha promulgado una ley especial en la materia es el Distrito Federal, cuya Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal fue aprobada el 30 de noviembre de 2010 pero no fue publicada y se encuentra pendiente de nuevo tratamiento en comisión como consecuencia de la “moción de censura” aprobada por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal el pasado 20 de diciembre de 2011.

Dicha Ley tiene por objeto “establecer y regular los requisitos y formalidades para efectuar la Maternidad Subrogada” (artículo 1o.), la cual “se realizará sin fines de lucro para los padres subrogados y la mujer gestante, además procurará el bienestar y el sano desarrollo del producto de la fecundación durante el período gestacional” (artículo 2o., segundo párrafo).

No obstante, ni la ley en comento ni el Código Civil para el Distrito Federal establecen disposición alguna respecto a la imputación de maternidad de los hijos nacidos mediante maternidad subrogada.

La necesidad económica y la dispar regulación en los derechos nacionales, principalmente la prohibición en muchos de ellos, motiva que se celebren acuerdos de maternidad subrogada entre personas situadas en distintos países abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo, dando lugar a lo que algunos autores denominan “turismo procreativo” o “turismo reproductivo”.³⁰

²⁹ Véase http://congreso.jalisco.gob.mx/servicios/sistemas/agenda/Documentos/17022011/Dipu39/18022011104350_materna.pdf. Fecha de consulta: 29 de septiembre de 2013.

³⁰ El “turismo reproductivo” o “*cross-border reproductive care*” (CBRC) se define como el desplazamiento de un individuo o pareja desde su país de origen a otro país para acceder a las TRA. Generalmente sucede cuando los costes del tratamiento son inferiores en el país receptor o cuando el procedimiento al que se desea recurrir (p. ej. la donación de gametos) no

IV. PROBLEMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO
EN LOS ACUERDOS INTERNACIONALES DE MATERNIDAD SUBROGADA

Considero oportuno diferenciar dos cuestiones, la primera se refiere a la formación de los contratos de maternidad subrogada y la segunda es la relativa al contenido de dichos contratos y sus efectos en el derecho internacional privado.

1. *La formación de los contratos de maternidad subrogada*

En la formación de los contratos internacionales de maternidad subrogada hay dos cuestiones que se plantean: la forma de los contratos y la capacidad de las partes.

A. *La forma de los contratos*

Echando un vistazo al Derecho comparado, podemos concluir sin duda alguna que la forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*. Por tanto, la forma de dichos contratos se regirá por la ley del lugar donde se celebren.³¹

Al respecto, la ley del lugar de la celebración determinará las formalidades de dichos contratos y estipulará si éstos habrán de realizarse mediante escritura pública —con o sin previa autorización judicial— o mediante documento privado, bien sea directamente entre los padres comitentes con la madre gestante o con una institución médica.

Existen opiniones de algunos autores que sostienen categóricamente que el contrato de maternidad sustitutiva debería constar en escritura pública, ya que se trata de un instrumento que servirá como título de determinación legal de la filiación y por su carácter de prueba plena, señalando que se está en presencia de un reconocimiento “previo” del hijo; en tanto que otros sostienen que basta con que dicho contrato se externe en documento privado ante el médico o en la institución que practique la procreación asistida.³²

está disponible o no es legal en el país de origen. Cotarelo, Rocío P. “Reproducción asistida en Italia: Del “Salvaje Oeste” a la ley de reproducción asistida más restrictiva de Europa. Un país que se adapta al continuo cambio en la legislación”. Véase http://www.lvn.es/servicios_asistenciales/ginecologia_y_obstetricia/ficheros/curso2011_reprod_12_reproduccion_asistida_en_italia.pdf. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

³¹ Así el artículo 13, fracción IV del Código Civil Federal dispone que: “La forma de los actos jurídicos se regirá por el derecho del lugar en que se celebren...”.

³² Arámbula Reyes, *op. cit.*, nota 9, p. 104.

Desde luego un exceso de formalidades puede producir un efecto contrario al deseado, por ello es conveniente el equilibrio entre la posible valoración de un consentimiento expresado de manera tácita y los requisitos de elevarlo a escritura pública.

B. *La capacidad de las partes*

A este respecto, nada impide aplicar la regla consagrada en el derecho internacional privado de que “el estado y capacidad de las personas físicas se rige por el derecho del lugar de su domicilio”.³³

Por tanto, la ley aplicable a la capacidad de las partes determinará quiénes son las personas que pueden recurrir a la maternidad sustitutiva, por ejemplo, si sólo pueden hacerlo matrimonios —heterosexuales u homoparentales— o si pueden realizarlo parejas en concubinato o personas solteras.

Lo anterior es muy importante, porque normalmente el menor concebido mediante maternidad subrogada será trasladado al lugar donde habitualmente residen los padres comitentes. Pudiera ser el caso de que en el lugar de la residencia habitual no fuera lícito la celebración de los matrimonios homoparentales, por lo que el menor será hijo de sólo uno de los cónyuges.

En la opinión personal de quien escribe estas líneas, debiera ser aplicable para ambos supuestos —la forma del contrato y la capacidad de los contratantes— en los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el principio de *favor contractus*, procurando con ello que el juez pueda garantizar la validez del contrato.

2. *La materia de los contratos de maternidad subrogada*

Es preciso partir del supuesto de que tanto las técnicas de reproducción asistida como la maternidad subrogada son materia de regulación estatal con un marcado interés público, por lo que podemos decir que dichas disposiciones son normas del orden público y por tanto de aplicación inmediata. Así, la libertad contractual se reduce mucho.

Sin lugar a duda el principal objetivo de los contratos de maternidad subrogada es la transferencia de la maternidad —y por ende, de la patria potestad— de la madre gestante a la madre comitente.

No obstante, existen otras cuestiones que también son objeto de regulación en dichos contratos, tales como:

³³ Artículo 13, fracción II del Código Civil Federal.

- Los alimentos que haya de recibir la madre gestante en tanto dura el embarazo.

En virtud de que en tanto no nazca el menor concebido no existe la transferencia de la maternidad, por ende, en tanto nazca el menor éste es hijo de la gestante y por ello deberá recibir alimentos de los padres biológicos.

- Los servicios médicos y la responsabilidad médica.

Cuando el contrato de maternidad sustitutiva deba ser celebrado entre la pareja o matrimonio solicitante del servicio y el médico o la institución médica autorizada para realizarlo, se deberá establecer la responsabilidad civil por la actividad terapéutica (responsabilidad profesional). Ante la ausencia de cláusulas contractuales que determinen dicha responsabilidad se estará a las reglas de la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado.

- El derecho de anonimato de los donadores de los gametos.

El anonimato del donante, es decir, la prohibición de que se revele su identidad, es un principio ampliamente aceptado en el derecho comparado pero lejos de ser unánime, toda vez que el anonimato de los donantes se contrapone al derecho de los nacidos a conocer su origen biológico.

- El derecho a abortar.

Algunas legislaciones establecen el derecho de la gestante de abortar sólo cuando el desarrollo del embarazo pueda poner en peligro su vida.³⁴

Por lo que respecta al derecho de anonimato y al derecho a abortar estas materias son consideradas normas de aplicación inmediata, excluyendo así la aplicación de un derecho extranjero; por tanto, se aplicará la *lex fori*.

En lo que respecta a los alimentos y a la responsabilidad médica nada impide que, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las partes éstas puedan pactar libremente el derecho aplicable en el contrato (de naturaleza internacional) sobre maternidad subrogada; así por ejemplo, en el caso de los alimentos podrán optar por la ley que les resulte más favorable, entre

³⁴ Así por ejemplo el Proyecto de Iniciativa de Ley que Regula la Subrogación Materna en el Estado de Jalisco dispone en su artículo 602.4 que “En caso que durante la preñez, se ponga en riesgo la vida de la mujer que ha subrogado su útero, se preferirá la vida de la mujer sobre aquella del producto de la concepción. Las partes del contrato sólo podrán recibir el equivalente a los daños y perjuicios sufridos, así como por los gastos erogados mencionados en este capítulo, si comprueban que hubo negligencia o imprudencia de la madre subrogada”. *Op. cit.*, nota 29.

la ley de la residencia habitual del acreedor alimentario o la del deudor alimentario.³⁵

Sin embargo, en el caso de aquellas otras materias previstas en el contrato que no sean consideradas normas de orden público internacional y en las que no haya sido pactado expresamente el derecho aplicable y en las que tampoco existan reglas conflictuales muy precisas para la determinación de éste —el derecho aplicable— considero que se habrá de observar el principio *favor mater o favor matris*, a fin de que se aplique el derecho que le resulta más favorable a la madre gestante.

3. *Los problemas de derecho internacional privado en los contratos de maternidad subrogada*

Las principales cuestiones de derecho internacional privado que giran en torno a los contratos internacionales de maternidad subrogada son:

- La determinación del foro competente,
- La determinación del derecho aplicable respecto a la filiación:
 - La determinación de la paternidad.
 - La determinación de la maternidad.
- La determinación de la nacionalidad.
- El reconocimiento del registro del nacimiento o de la sentencia de adopción.

Es preciso mencionar que, salvo el primer supuesto, las anteriores materias no son objeto de regulación contractual por ser consideradas en cada Estado como normas del orden público internacional.

A continuación vemos los problemas que se presentan en cada uno de los anteriores tópicos.

A. *La determinación del foro competente*

Es necesario precisar que, la gran mayoría de los litigios judiciales respecto a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada que se han presentado alrededor del mundo versan principalmente sobre el reconoci-

³⁵ Artículo 6o. de la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, adoptada en Montevideo, el 15 de julio de 1889. Ratificada por el gobierno de México el 5 de octubre de 1994, el decreto de promulgación fue publicado en el *Diario Oficial de la Federación (DOF)* el 18 de noviembre de 1994.

miento, bien sea del registro del menor concebido o de la sentencia de adopción, casos que son llevados ante el juez competente de la residencia habitual de los padres comitentes; sin embargo, pocos son los casos en los que se plantea el incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada.

Respecto a la determinación del foro competente para el caso del cumplimiento o incumplimiento de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada partimos de la “autonomía de la voluntad de las partes” como principio rector de los contratos internacionales, por lo que nada impide que las partes puedan pactar libremente el foro competente y someterse a su jurisdicción, existiendo así una *prorogatio fori* o sumisión a otra jurisdicción que sea expresamente señalada en el contrato.

En los casos de ausencia de determinación expresa del foro competente en el contrato pareciera que debería ser competente el juez de la residencia habitual de la madre gestante, toda vez que dicho lugar es el lugar de la celebración del contrato y, por tanto, las partes debieran tener conocimiento pleno de la legislación de dicho país.

No obstante lo anterior, en la opinión personal de quien escribe estas líneas, parece que debiera flexibilizarse las normas de determinación del foro dando al actor la opción de elegir libremente el foro competente que más le favoreciere entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante o el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

B. *La determinación del derecho aplicable respecto a la filiación*

El régimen legal de la filiación parte de una tajante distinción entre la maternidad y la paternidad. Por lo que respecta a la maternidad, la determinación de la misma se efectúa mediante la comprobación del hecho del parto conforme al principio de *mater semper certa est* (la madre siempre resulta cierta). En cambio, la paternidad no siempre resulta cierta, por lo que la ley es la que establece las reglas para determinarla a través de presunciones, bien sea que el hijo haya sido engendrado fuera³⁶ o dentro³⁷ de matrimonio y los supuestos en los que se rompe dichas presunciones.

³⁶ El artículo 360 del Código Civil Federal establece que “la filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad”.

³⁷ El artículo 324 del Código Civil Federal dispone que “se presumen hijos de los cónyuges: “I. Los hijos nacidos después de ciento ochenta días contados desde la celebración del matrimonio;

a. La determinación de la paternidad

Como ya se mencionó, debido a la dificultad de determinar con precisión la paternidad, ésta se determina a través de presunciones que la misma ley establece.

Es importante mencionar que en las técnicas de reproducción asistida la paternidad legal no siempre corresponde a la paternidad biológica, toda vez que dichas técnicas prevén la donación de gametos y preembriones favoreciendo con el anonimato la identidad del donante.

Por otro lado “el matrimonio establece un entramado de deberes jurídicos que resultarían vulnerados por la actuación unilateral de la mujer casada que procediera a utilizar las técnicas reproductoras prescindiendo del consentimiento marital, tanto más cuanto que la presunción de maternidad marital convierte al marido en padre legal de los hijos que de ella nazcan en tanto no sea destruida por los cauces legales...”.³⁸

b. La determinación de la maternidad

El fenómeno de la maternidad subrogada ha dado lugar a la aparición de formas de maternidad compartida, que la doctrina ha clasificado según los grados de intervención de cada una de las mujeres en la procreación. Así se han llegado a identificar las siguientes modalidades con relación a la maternidad:³⁹

a) *Maternidad plena*: es la que une la relación biológica (genética y gestativa) con el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes que implican la maternidad.

b) *Maternidad genética*: es la de quien se convierte en donante de óvulos.

c) *Maternidad gestativa*: es la de la mujer que lleva adelante la gestación de un embrión a partir de un óvulo donado, es decir, recae en la mujer portadora o gestante que soporta el embarazo.

“II. Los hijos nacidos dentro de los trescientos días siguientes a la disolución del matrimonio, ya provenga éste de nulidad del contrato, de muerte del marido o de divorcio. Este término se contará en los casos de divorcio o nulidad, desde que de hecho quedaron separados los cónyuges por orden judicial”.

³⁸ Vidal Martínez, Jaime (coord.), *Derechos reproductivos y técnicas de reproducción asistida*, Granada, Editorial Comares, 1998. p. 81.

³⁹ Morán de Vicenzi, Claudia, “El Concepto de filiación en la fecundación artificial”, citado por Arámbula Reyes, *op. cit.*, nota 9, p. 13.

d) *Maternidad legal*: la de quien asume frente al hijo los derechos y obligaciones inherentes a la maternidad sin que existan entre ellos vínculos biológicos.

La maternidad sustitutiva a diferencia de otras TRA implica la renuncia a la filiación materna, lo cual no es posible en nuestra legislación por ser contrario al orden público, tal como se dispone en el artículo 1831 del Código Civil federal al señalar que “el fin o motivo determinante de la voluntad de los que contratan, tampoco debe ser contrario a las leyes de orden público ni a las buenas costumbres”.

Al respecto se han adoptado dos posturas para la determinación de la maternidad en casos de maternidad subrogada:⁴⁰

a) *La maternidad biológica*. Bajo esta postura se considerará como la madre del menor concebido a la mujer que haya contribuido mediante su aporte genético, gestación y parto.

b) *La maternidad genética*. Bajo dicha tesis, se reconocerá la maternidad a favor de la madre genética, o en su caso, se le reconoce un derecho irrenunciable y preferente de adopción por sobre la madre gestante.

Un sector importante de la doctrina reconoce la maternidad legal de la madre uterina —postura de la maternidad biológica— con base en el principio *favor genitoris*, toda vez que dicha postura es la que brinda una mayor certeza jurídica a efectos de la identificación de la madre y del nacido.⁴¹

Ante la ausencia de regulación expresa se ha venido cubriendo de juridicidad de las más diversas formas: desde la inscripción como hijo legítimo de los que “solicitaron” el embarazo, o bien con un reconocimiento del hombre que aportó el semen y una adopción por parte de la esposa de éste.

En la práctica se realizan los siguientes procedimientos:

- Si la madre gestante es soltera y se la implanta o insemina con el semen del comitente, una vez nacido el niño, el comitente lo reconoce. Tiempo más tarde, la esposa del comitente deberá solicitar la adopción del hijo del cónyuge.
- Si la madre gestante es casada, también se recurre a la adopción, aunque previamente el marido de la gestante deberá iniciar una acción de impugnación de la paternidad, alegando no ser el padre genético del

⁴⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁴¹ *Ibidem*, p. 16.

niño nacido de su esposa a los efectos de que el comitente, a quien le corresponde el material genético, reconozca al niño. Posteriormente, la esposa del comitente promueve la adopción del menor.

Ambos casos constituyen una burla a los procedimientos de adopción, configurando un verdadero fraude a la ley.

Por ello, cuando se ha de recurrir a la figura de la adopción es importante el consentimiento previo tanto de la madre gestadora —y en su caso, de los donantes de los gametos— como de la pareja o padres adoptantes. Así, el fundamento último de esa manifestación de la voluntad es, por parte de la madre gestadora y/o los donantes de los gametos, la “renuncia” a toda pretensión respecto al hijo; y por parte de los padres o pareja de adoptantes, la aceptación con los mismos deberes y derechos que los padres biológicos, si la adopción es plena.

Por eso mismo se propugna que el consentimiento de la receptora sea determinante para la filiación del hijo, de modo que para este tipo de filiación quede sentado jurídicamente que la derivación biológica no es constitutiva del vínculo legal.⁴²

En caso de recurrirse a la figura de la adopción, el cauce adecuado es la adopción con un trámite simplificado, sobre todo si puede demostrarse la procedencia de los gametos de la propia pareja. En todo caso, se requiere que la gestante quiera dar al hijo en adopción; no se podrá obligar a que lo entregue, sea una u otra la forma jurídica que se emplee para determinar la filiación.⁴³

Respecto a la determinación de la maternidad en los casos de maternidad subrogada existen dos sistemas legales:

a) Los Estados cuyas leyes consideran madre del menor concebido a la madre gestante.

En estos casos la ley prevé un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución *ex post facto*. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación *post-parto*.⁴⁴

En otros casos, algunos países se establecen un procedimiento de adopción a fin de que los padres comitentes adquieran la legítima maternidad y paternidad del menor. Tal es el caso de Israel, en virtud de que su Ley no es

⁴² *Ibidem*. pag. 100.

⁴³ *Ibidem*. pag. 39.

⁴⁴ Lamm, *op. cit.*, nota 23, p. 15.

aplicable a la subrogación realizada en el extranjero, la pareja comitente debe solicitar una orden judicial de adopción.⁴⁵

Así, por ejemplo, en el Reino Unido la *Surrogacy Arrangements Act*, la filiación se determina con respecto a la madre que da a luz, es decir, la madre gestante. Sólo se transfiere (pasado un periodo de reflexión de 6 semanas que se otorga a la gestante) a los padres intencionales si éstos lo solicitan ante los tribunales; en tales casos, el juez inglés establece la filiación mediante una *parental order*.

Este sistema es más protector de la madre gestante, por tanto, requiere que el acuerdo de maternidad subrogada sea aprobado antes de la concepción (por una institución médica pública o privada autorizada por el Estado o por autoridad judicial) y prevé que todas las partes involucradas estén de acuerdo desde el principio en la transferencia de la maternidad.

b) Los Estados cuyas leyes consideran padres legales a los padres comitentes o intencionales.

En estos casos, los comitentes se convierten en padres legales del niño inmediatamente después de su nacimiento, dejando de lado el principio de *mater semper certa est*.

Tal es el caso de Grecia, toda vez que en el artículo 1464 del Código Civil se dispone que: “en los casos de inseminación artificial en los que hay una gestante, siempre que se cumplan las condiciones del artículo 1458, se presume que la comitente que haya obtenido la autorización del tribunal es la madre del niño”.⁴⁶

No obstante se concede a la madre gestante el derecho a impugnar la maternidad legal sólo en el caso de una subrogación tradicional (cuando la madre gestante aportó los óvulos). En tal caso, la gestante se convierte en madre legal con efecto retroactivo a la fecha de nacimiento del menor.⁴⁷

Siendo las normas relativas a la determinación de la filiación normas de orden público el derecho aplicable es la *lex fori*.

C. La determinación de la nacionalidad

Otro problema que se presenta en la maternidad subrogada es el de la determinación de la nacionalidad del menor concebido.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 20.

⁴⁶ Citado por Lamm, *op. cit.*, nota 22, p. 14.

⁴⁷ *Idem*.

Esta situación se produce especialmente respecto de los niños nacidos en India, Rusia y Ucrania, ya que estos países, conforme a sus leyes, consideran padres a los comitentes, pero no otorgan la nacionalidad a los hijos de extranjeros nacidos en su territorio, por lo que los comitentes tienen que solicitar un pasaporte (u otro documento de viaje) ante la representación consular de su país, que en muchas ocasiones y por diversas razones es denegado.⁴⁸ Un caso similar es el de Austria cuya Ley de Ciudadanía Austriaca estipula que el niño nacido por alquiler de vientre de una madre extranjera —entiéndase en el extranjero— no adquiere la ciudadanía austriaca si la persona que encomendó dicho nacimiento fuera de nacionalidad austriaca.⁴⁹

Ante la ausencia de una nacionalidad el niño concebido en subrogación se encuentra en un estado de apatridia y con filiación incierta, esto se agrava debido a que los padres comitentes no pueden permanecer en esos países indefinidamente debido a los controles de inmigración.

Así, por ejemplo, en caso *X vs. Y (Foreign Surrogacy)*, [2009] 1FLR 733 en el que un matrimonio inglés celebró un contrato de maternidad subrogada con una mujer ucraniana casada. De conformidad con la ley ucraniana, los padres legales son los comitentes y contaban con el acta de nacimiento correspondiente; en cambio, conforme a la ley inglesa los niños concebidos eran hijos de la madre gestante y su marido, y la filiación sólo es transmitida mediante una orden parental. Debido a que la ley ucraniana no concede la nacionalidad a los hijos, éstos quedaron apátridas. Los niños no podían ingresar como ingleses al Reino Unido por no ser hijos legales de los comitentes; por lo que hubo necesidad de realizar pruebas de ADN para comprobar que los niños eran hijos genéticamente del comitente, sólo de esta manera se les permitió ingresar a fin de que los comitentes pudieran gestionar la *parental order*, la cual fue otorgada con base en el interés superior del menor.⁵⁰

Muchas veces estos conflictos de leyes ocasionan que los niños concebidos mediante esta técnica se queden en el territorio del país en el cual nacieron y ello ha ocasionado que los comitentes empleen estrategias ilegales que pueden ser tipificadas como tráfico de menores.

Siendo las normas de atribución de la nacionalidad de la competencia soberana de los Estados, son por tanto de orden público, lo cual excluye por completo la posibilidad de su determinación vía contractual y, en lo perso-

⁴⁸ *Ibidem*, p. 23.

⁴⁹ Véase <http://www.bmeia.gov.at/es/embajada/buenos-aires/consejero/austriacos-en-argentina-para-guay-y-uruguay/ciudadania.html>. Fecha de consulta: 7 de septiembre de 2013.

⁵⁰ Citado por Lamm, *idem*, nota 22, p. 25.

nal, considero que difícilmente pueda ser objeto de regulación en un tratado internacional sobre maternidad subrogada.

D. *El reconocimiento del registro del nacimiento del menor concebido y/o de la sentencia de adopción*

Como ya se mencionó, el objeto de los contratos de maternidad sustituti-va o subrogada es el uso del útero de una mujer para gestar un bebé que será hijo de otra mujer.

Es importante mencionar que las mujeres que acceden a ser madres gestadoras lo hacen principalmente por necesidades económicas.

Debido a lo anterior, tal vez el principal problema que afrontan los contratos sobre maternidad sustituti-va es la de su licitud. En algunos países un contrato de este tipo es considerado como lícito, mientras que en otros lugares se va desde la prohibición total al establecimiento de algún tipo de limitaciones, como por ejemplo la prohibición de los acuerdos que no sean gratuitos, o los que se realicen con la participación de intermediarios.

Asimismo, la inexistencia de la figura de los contratos de maternidad subrogada en el país, aun cuando no estén prohibidos expresamente, podría motivar la excepción de “orden público” y con ello denegar el reconocimiento de los contratos internacionales celebrados en esta materia.

En efecto, para interponer la excepción de orden público en los casos de maternidad subrogada realizada en el extranjero, se han hecho valer los siguientes argumentos:⁵¹

a) La indisponibilidad del cuerpo humano y del estado de las personas; el cuerpo humano es inviolable y no puede ser objeto de un derecho patrimonial.

b) Estos contratos son contrarios a la dignidad de los seres humanos, al ser considerados como objetos —tanto la madre gestante como el niño producto de la procreación médicamente asistida— y no como fines en sí mismos; y genera un “derecho sobre el niño”, como si fuera un objeto y no un sujeto de derecho.

c) La gestación de un niño mediante la donación de los gametos no puede asimilarse a la donación de un riñón o de un ojo; puede producir una confusión en la mente del niño acerca de quiénes son sus padres y ocasionar

⁵¹ Santos Belandro, “La maternidad subrogada consumada en el extranjero. Eficacia extraterritorial de las decisiones judiciales y/o administrativas y de la circulación internacional de los documentos relacionados con ella”, *Suplemento de Derecho Internacional Privado y de la Integración*, citado por Scotti, *op. cit.*, nota 3.

alteraciones psicológicas en cuanto heredaría una filiación compleja; influiría también en la configuración antropológica del niño: parejas japonesas donan su embrión a mujeres indias, parejas europeas donan su embrión a mujeres africanas, etcétera.

d) Estos contratos constituyen un nuevo mecanismo de explotación de la miseria humana, ya que en la mayoría de los casos la maternidad por sustitución oculta un negocio de cifras muy abultadas, donde la madre por sustitución generalmente recibe una ínfima parte, y el resto va a las instituciones que funcionan como “bancos” de materiales genéticos, al Estado por vía indirecta a través de los impuestos aplicables y al esposo de la mujer gestante.

A este respecto, resulta interesante comentar el caso de los mellizos M&M resuelto por la Corte de Apelación de Lieja, 1a. Ch., del 6 de septiembre de 2010, en el que un matrimonio de hombres casado en Bélgica que conciben a gemelos en California mediante un contrato de maternidad subrogada. Una vez nacidos los gemelos la pareja solicita la transcripción del acto de nacimiento en Bélgica, solicitud que es denegada por el Tribunal de Primera Instancia de Huy, en marzo de 2010; denegó la transcripción en los registros belgas sosteniendo que, como son consecuencia de un contrato de gestación por sustitución su transcripción violaría el orden público interno. La sentencia fue parcialmente revocada por la Corte de Apelación de Lieja, mediante sentencia del 6 de septiembre de 2010. Conforme a la legislación belga, como la gestante no estaba casada, el padre biológico podría haber reconocido a los niños y por lo tanto convertirse legalmente en su padre. Para el otro hombre, en la legislación belga, no había ninguna posibilidad de establecer un parentesco legal entre un niño y dos personas del mismo sexo, fuera de la adopción por parejas del mismo sexo. Entonces, aunque reconoció que los contratos de gestación por sustitución son contrarios al orden público, sostuvo que la reserva de orden público debía ser matizada por el interés superior de los niños que se vería afectado si los niños son privados del vínculo jurídico con su padre biológico. En virtud de que para la Corte, la negativa de reconocimiento de los certificados de nacimiento impide el establecimiento de la filiación legal con el padre biológico, reconoció los certificados de nacimiento expedidos en California sólo respecto del padre biológico en la medida en que constituyen la base del vínculo legal de filiación.⁵²

Un caso similar es el de las gemelas del matrimonio *Menesson*.

⁵² Lamm, *op. cit.*, nota 22, p. 27.

El matrimonio se desplazó en el año 2000 a California para celebrar con una estadounidense, residente en dicha entidad, el contrato de “gestación por sustitución” por el que daría a luz a un hijo de los esposos *Mennessee* concebido *in vitro* con los gametos del padre y de la madre intencionales. La filiación, con respecto a los padres intencionales, fue establecida por decisión del TS de California del 14 de julio de 2000, conforme a las disposiciones del *California Family Code (Sections 7630 y 7650)*. El Consulado francés en Los Ángeles denegó la inscripción al sospechar que las gemelas habían nacido por medio de una maternidad subrogada. El Ministerio Público pidió la transcripción en el Registro francés a los efectos de instar la posterior anulación al *Tribunal de grande instance de Créteil* por motivos de orden público (artículos 16-7 y 16-9 del Código Civil francés). Sin embargo, el Tribunal desestimó la demanda por considerar que no reunía determinadas condiciones legales, si bien, no lo hizo por la razón de considerarla infundada. Con posterioridad, la *Cour d’Appel* de París, el 25 de octubre de 2007, rechaza la acción de nulidad del ministerio fiscal argumentando que el Ministerio Público no había contestado ni el reconocimiento de la decisión californiana ni la fuerza probatoria de los documentos públicos relativos al estado civil californianos sobre la base del artículo 47 del CC, e invoca un orden público internacional atento al interés superior del menor, sobre la base del artículo 3o. del Convenio de la ONU sobre Derechos del Niño, toda vez que considerar que la decisión que homologa el contrato de maternidad subrogada no produce efecto alguno (nulidad absoluta) y que el fraude todo lo corrompe (*fraus omnia corrumpit*), conduciría a que las menores pudieran quedar huérfanas y ser consideradas extranjeras hasta que no fuera determinada la filiación paterna, por lo que las menores no deberían de pagar los actos en fraude a la ley (el llamado, despectivamente, turismo reproductivo) de los padres que las tienen a su cargo y las cuidan, y que al parecer viajaban a Estados Unidos por motivos profesionales.⁵³

En mi opinión personal, en aquellos casos en que el juez considere oportuno la aplicación de la excepción de orden público deberá considerar siempre que dicha aplicación no afecte al interés superior del menor, en tal caso, este último primará sobre el primero.

⁵³ Quiñones Escámez, Ana, “Doble filiación 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, julio de 2009, pp. 7 a 11. Véase http://www.indret.com/pdf/657_es.pdf.

V. CONCLUSIONES

Ante los problemas de derecho internacional privado aparejados a los contratos internacionales sobre maternidad subrogada y con base en lo expuesto y propuesto —a manera de *lege ferenda*— podemos concluir lo siguiente:

a) La forma de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada se rige por el principio de *locus regit actum*.

b) La capacidad de las partes en el contrato se rige el derecho del lugar de su domicilio.

c) No obstante lo anterior, a fin de garantizar la validez de los contratos internacionales sobre maternidad subrogada el juez deberá considerar en todo tiempo la aplicación del principio *favor contractus*.

d) El objetivo principal de los contratos sobre maternidad subrogada es el arrendamiento del útero de la madre gestante y la entrega posterior al parto del menor concedido mediante las técnicas de reproducción asistida, así como la eventual transmisión de la filiación del menor.

e) Respecto a las otras materias objeto de la regulación contractual en los contratos internacionales de maternidad subrogada, nada impide la aplicación de las normas conflictuales que determinen el derecho aplicable (*vgr.* Las obligaciones alimentarias); no obstante, si fueren materias del orden público se aplicará la *lex fori*.

f) Respecto al foro competente para los casos de cumplimiento de los contratos internacionales de maternidad subrogada, en ausencia de determinación expresa, debiera ser a opción del actor entre el juez de la residencia habitual de la madre gestante y el juez de la residencia habitual de los padres comitentes.

g) Siendo las normas sobre la determinación de la filiación, tanto de la maternidad como de la paternidad, de orden público, el derecho aplicable es la *lex fori*.

h) Respecto a las normas de determinación de la nacionalidad, al ser ésta de la competencia soberana de los Estados, se regirán por la *lex fori*.

i) Cuando conforme a la legislación del juez del foro, para el caso de reconocimiento de la inscripción del nacimiento del menor o de la sentencia de adopción, dicho reconocimiento sea contrario al orden público, el juez deberá considerar siempre el interés superior del menor.