

REPENSANDO EL CONCEPTO DE “FRAUDE A LA LEY” SOBRE TRASLADO DE JURISDICCIONES EN CASOS DE MATERNIDAD SUBROGADA Y FECUNDACIÓN IN VITRO*

RETHINKING THE CONCEPT OF “FRAUD TO LAW” ON TRANSFER OF JURISDICTIONS IN CASES OF SUBROGATED MATERNITY AND IN VITRO FERTILIZATION

*Autores: Esteban Andrés Eraso Solarte¹
Vanessa Fernanda Jurado Benitez²*

RESUMEN

El contexto globalizado moderno y los avances en la medicina han dado lugar al surgimiento de figuras como la maternidad subrogada y la fecundación in vitro, figuras que desafían el concepto de familia en la sociedad contemporánea, cuyo abordaje jurídico, caracterizado por un tratamiento regulatorio desigual o ausencia de regulación en jurisdicciones domésticas, ha generado el ambiente propicio para la aparición de fenómenos como el de “turismo reproductivo”.

* Artículo ganador del Concurso de Investigación Francisco de Vitoria 2021

1) Estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana – Cali, Colombia. Correo electrónico: andressolarte99@gmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-1699-1796>

2) Estudiante de derecho de la Pontificia Universidad Javeriana – Cali, Colombia. Correo electrónico: vanessajurado17@hotmail.com. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-2318-9964>

En este marco, resulta común que personas acudan al traslado de jurisdicciones con fines reproductivos (sujetos con una residencia habitual en un país se dirigen a países terceros con la intención de efectuar prácticas de maternidad subrogada o fecundación in vitro) cuando en su propia jurisdicción estas prácticas son prohibidas, generando un debate propio del derecho internacional privado, cuando se trata de constituir una relación jurídica en base a una ley extranjera y/o de reconocer efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. Así, varios jueces, especialmente en España, Chile y Uruguay, han determinado que estas situaciones son hechos constitutivos de “fraude a la ley”, o no han reconocido sus efectos amparándose en la vulneración del orden público del Estado implicado.

Este tratamiento jurídico demuestra que, figuras como el fraude a la ley no están en consonancia con la dinamicidad propia de la sociedad actual. En este sentido, el presente artículo cuestiona el concepto actual de “fraude a la ley” aplicado a situaciones traslado jurisdicciones en casos de maternidad subrogada y la fecundación in vitro, y propone un replanteamiento del concepto, tomando como fundamento la teoría postmoderna del pluralismo jurídico global –global legal pluralism–, y los aportes de autores como Luhmann y Teubner, bajo el “lente metodológico” del derecho transnacional –transnational law– que trata las transformaciones de las instituciones jurídicas en el contexto de una sociedad evolutiva compleja.

Palabras claves: Maternidad subrogada; fecundación in vitro; fraude a la ley; pluralismo jurídico global; familia; derecho internacional privado.

ABSTRACT

The modern globalized context and the advances in medicine have led to the emergence of figures such as subrogated maternity and in vitro fertilization. These practices challenge the concept of family in a contemporary society, and its legal approach, characterized by an unequal regulatory treatment or the absence of regulation in domestic jurisdictions, has created an environment that has conducted the appearance of phenomena known as “reproductive tourism”.

In this framework, it is common for individuals to use the transfer of jurisdictions for reproductive purposes (subjects domiciled in a country move to third countries with the intention of carrying out subrogated maternity or in vitro fertilization practices) in cases when in their own jurisdiction these practices are prohibited. This situation has generated a debate on private international law, regarding the recognition of a legal relationship based on a foreign law and/or the effects of a legal relationship already established abroad. Thus, several judges, especially in Spain, Chile and Uruguay, have determined that these situations either constitute “fraud to law”, or they have not recognized their effects based on the violation of public order of the State involved.

This legal treatment shows that figures such as “fraud to law” are not harmonized with the dynamics of today’s society. In this sense, this article questions the current concept of “fraud to law” applied to situations of transfer of jurisdictions in cases of subrogated maternity and in vitro fertilization; and, it proposes a rethinking of the concept, based on the postmodern theory of global legal pluralism, and the contributions of Luhmann

and Teubner, under the “methodological lens” of transnational law that deals with the transformations of legal institutions in the context of a complex evolutionary society.

Keywords: *Subrogated maternity; in vitro fertilization; fraud to law; global legal pluralism; family; private international law.*

INTRODUCCIÓN

La tecnología y los avances científicos han permitido que nuestra sociedad contemporánea globalizada se encuentre, tal vez, en el punto más álgido de interconexión posible en lo que va corrido de la historia. Es sorprendente la facilidad con la que una persona puede trasladarse de un país a otro y crear relaciones internacionales que abarcan aspectos que van desde lo familiar, lo profesional, lo laboral, e incluso aspectos comerciales, entre muchos otros.

A la fecha, el desarrollo y regulación de relaciones internacionales entre los distintos sujetos del derecho internacional, y el tratamiento de los conflictos de jurisdicciones, ha sido una de las preocupaciones de las que se ha ocupado la visión clásica del derecho internacional privado, a través de figuras como las “normas de conflicto”, “estatutos”, “foros”, o la suscripción de normas transnacionales con el objetivo dar solución a dichos conflictos como por ejemplo, la Convención Interamericana sobre el Domicilio de las Personas Físicas en el Derecho Internacional Privado, sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros y la Convención de Nueva York sobre obtención de alimentos en el extranjero, entre otros; todo ello a partir de una tradicional distinción entre la esfera pública y la esfera privada del derecho internacional.

Sin embargo, en virtud de la evolución de las relaciones modernas de los sujetos

del derecho internacional, cada vez más complejas, dinámicas e interrelacionadas, resulta difícil hacer una tajante separación entre el ámbito público y privado del derecho internacional. La superposición entre el derecho internacional público y el derecho internacional privado se manifiesta en muchas aristas, de tal forma que, examinar, comprender y resolver estos problemas internacionales únicamente desde la perspectiva pública o privada socavaría el objetivo de la ley de un entorno predecible y ordenado basado en los principios fundamentales de la justicia (Karamanian, 2013).

Un ejemplo sobre la interrelación entre el ámbito privado y público del derecho internacional se manifiesta en la evolución del alcance sobre la protección y respeto de los derechos humanos, que hoy en día exige que, estados, corporaciones, y organizaciones internacionales establezcan interacciones para fortalecer el grado de protección de comunidades vulnerables

“(...) resulta difícil hacer una tajante separación entre el ámbito público y privado del derecho internacional”

“El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en un punto de inflexión dada la aparición de otras maneras de alcanzar el vínculo filial (...)”

y grupos especialmente protegidos (Arévalo, 2019. p.12).

Así las cosas, desde una visión global, legal y pluralista contemporánea, el derecho no atiende a conceptos tradicionales de territorialidad, estado, soberanía y más bien se enfoca en la idea de un derecho transnacional, armónico y colaborativo. En este sentido, “la idea de concebir el derecho internacional actual como cimiento de una comunidad jurídica global ha sido un hilo conductor común entre muchos estudiosos del derecho internacional” (Bogdandy, 2006, p.424). Sin duda alguna, esta situación sumada a los grandes avances en materia de tecnología, medicina y biología, han generado varios desafíos jurídicos a la hora de tratar o regular ciertos fenómenos jurídicos modernos, conllevando incluso al replanteamiento algunas instituciones típicas en el ámbito del derecho internacional como los conceptos de ordenamiento interno, soberanía, y territorialidad absoluta.

Dentro de este contexto, uno de los grandes desafíos que presenta el entorno ac-

tual está relacionado con la evolución del concepto de familia. El derecho filial tradicional centrado en la visión binaria filiación por naturaleza o biológica/filiación adoptiva se encuentra en un punto de inflexión dada la aparición de otras maneras de alcanzar el vínculo filial: las técnicas de reproducción humana asistida con una causa fuerte e independiente: la voluntad procreacional (Scotti, 2015).

Así, existe un auge de estas técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) que se han dado gracias al desarrollo tecnológico y científico. Dentro de la gama de estas técnicas es de especial interés la maternidad subrogada y la fecundación in vitro. La regulación de estas figuras es ambigua y contradictoria en cada ordenamiento jurídico debido a que su reglamentación depende de varios factores internos que considere cada estado como lo es la moral, sus principios, la ética y, en general, de múltiples valores arraigados ligados a la evolución histórica de su sociedad. De esta manera, mientras legislaciones de Brasil, Chile y Perú prohíben la utilización de las técnicas de reproducción asistida por fines diferentes de la procreación humana, países como Ucrania, Armenia, Tailandia, Rusia y algunos estados de Estados Unidos aceptan su uso (Heredia, 2019).

El tratamiento regulatorio disímil sobre las TRHA, ha dado lugar a que las personas que buscan la paternidad o maternidad en virtud del ejercicio de sus derechos humanos como el derecho a una familia, el derecho a la vida privada, a la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y, derecho a gozar del principio de no discriminación, se trasladen de una jurisdicción a otra con el objetivo de acceder a la procreación asistida (fenómeno conocido como traslado de jurisdicción), aducien-

do que, en su país de origen existe prohibición o incertidumbre jurídica respecto a la legalidad y efectos jurídicos derivados del ejercicio de estas prácticas.

La anterior situación ha generado un debate propio del derecho internacional privado sobre el reconocimiento de una relación jurídica en base a una ley extranjera y el reconocimiento de los efectos a una relación jurídica ya constituida en el extranjero. En varias ocasiones esta incógnita resuelta por parte del operador judicial, que conoce del caso, ha tomado dos vertientes: denegar el reconocimiento de la relación jurídica nacida en una jurisdicción foránea (maternidad subrogada y la fecundación in vitro) o denegar los efectos que se producen estas prácticas en la jurisdicción doméstica en virtud de la vulneración del orden público; o recurrir a la aplicación del concepto de “fraude a la ley”, esto en razón de que parte del supuesto de que existe una mala fe por parte del actor de socavar el orden público nacional, debido a que crea de manera deliberada un factor de conexión, que en principio no existía, para tener un resultado mayormente beneficioso en comparación del que hubiese tenido en el país de origen (De Klor & Echegaray, 2011).

Enfocándose especialmente en la configuración de una situación de fraude a la ley, si bien, la aplicación exegética de la figura, conllevaría al resultado descrito, implicando que el acto fraudulento será inoponible dentro de las fronteras donde se ha considerado que se ha cometido el fraude de ley (Gomez, 2018); no debe desconocerse que, nuevos desafíos tecnológicos y la aparición de nuevas prácticas en esta materia, necesariamente cuestionan la aplicación tradicional de conceptos como el descrito, e invitan a una reestructuración de figuras jurídicas, en tanto que, existe una desarmonización

entre derecho y tecnología, evidenciada por la falta de capacidad de regulación para seguir el ritmo de los avances de la innovación.

Debe recordarse que, la aplicación de instrumentos jurídicos en un panorama regulatorio globalizado exige entender la relación sistemática entre los distintos regímenes regulatorios, no desde un punto de oposición ni contradicción, sino con una perspectiva de recomponer el lugar y rol del derecho en un plano transnacional, como instrumento de ayuda para relativizar la asociación de las normas con marcos institucionales particulares (Sassen, 2003). Por ello, el reto que suponen las THRA implica hacer que la regulación jurídica sea mucho más productiva de lo que es actualmente, impregnada de previsión para crear el máximo espacio para que surja la innovación (Schwab, 2016).

A partir de lo desarrollado, cabe preguntarse si, en casos de evolución de prácticas respaldadas en el ejercicio de derechos humanos como la maternidad subrogada y la fecundación in vitro, cuando un actor, se traslada de su jurisdicción doméstica (porque ésta las prohíbe) a una jurisdicción foránea (que lo permite),

“la aplicación de instrumentos jurídicos en un panorama regulatorio globalizado exige entender la relación sistemática entre los distintos regímenes regulatorios (...)”

“[E]l Derecho Internacional Privado ha provisto algunas figuras que permiten identificar la jurisdicción y la ley aplicable al caso específico para lograr una solución.”

para efectos de materializar estas prácticas, debe configurarse o no un fraude a la ley, a la luz del derecho internacional y su visión contemporánea.

Por lo anterior, el presente artículo tiene como objetivo cuestionar el concepto tradicional de “fraude a la ley” a partir de las innovaciones tecnológicas que enfrenta el concepto de familia, esto es, en casos de maternidad subrogada y fecundación in vitro que presentan un traslado de jurisdicción; y, proponer un replanteamiento del concepto, tomando como fundamento la teoría posmoderna del pluralismo jurídico global bajo el “lente metodológico” del derecho transnacional que estudia las transformaciones de las instituciones jurídicas en el contexto de una sociedad evolutiva compleja.

Para efectos de desarrollar los objetivos propuestos, en primer lugar se describirá el tratamiento actual del concepto de “fraude a la ley” y su alcance en el derecho internacional privado; en segundo lugar, se presentará el estatus jurídico actual sobre casos de traslado de jurisdicciones con fines reproductivos en situaciones de maternidad subrogada bajo la órbita de fraude a la ley; en tercer lu-

gar, se presentará un replanteamiento del concepto del fraude a la ley a la luz de la teoría del global legal pluralism; y, finalmente se presentarán las conclusiones.

I. TRATAMIENTO ACTUAL DEL CONCEPTO DE “FRAUDE A LA LEY” Y SU ALCANCE EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO.

El surgimiento de las relaciones personales privadas que superan las barreras nacionales suponen, a nivel jurídico, la tarea de identificar la forma en la que, en caso de conflicto, se resolverán tales circunstancias, esto en razón de la heterogeneidad de los ordenamientos jurídicos. Por tal razón, el Derecho Internacional Privado ha provisto algunas figuras que permiten identificar la jurisdicción y la ley aplicable al caso específico para lograr una solución. Concretamente, estas figuras son llamadas normas de conflicto de jurisdicción y normas de conflicto de leyes, las cuales hacen uso de los llamados factores o elementos de conexión que permiten identificar la norma aplicable. Los elementos de conexión se entienden como “una serie de factores de relacionamiento para (...) vincular una persona, cosa, situación, relación jurídica, etc., con un ordenamiento jurídico nacional específico que las regule” (Weisskopf Y Coello, 2007, p.9), estos pueden ser el domicilio, la nacionalidad, el lugar de ejecución del contrato, el lugar de ubicación de un inmueble, entre otros.

En este contexto, aparece la figura del Forum Shopping o elección del foro, que según Aguilar (2019) se define como “la elección de un tribunal en particular por la parte actora, porque éste le brinda las mayores posibilidades de éxito para su litigio” (P. 76). [This figure gives the parties an advantage over the other because they can choose the substantive and procedural rules to apply] (Forum shopping reconsidered, 1990). Es decir, es un ele-

mento del derecho internacional privado el cual permite que el demandante tenga la posibilidad de escoger la ley aplicable a través de los factores de conexión, que surgen en una determinada situación y que ocurren sucesivamente en dos o más ordenamientos jurídicos distintos.

En el seno de la libre elección del foro aplicable a la situación jurídica internacional privada a partir de unos elementos de conexión, surgen ciertos debates a nivel teórico y práctico, uno de ellos es el de fraude a la ley. Varios autores reprochan que el ejercicio del forum shopping da lugar directamente a un fraude. Otra parte de la doctrina considera que, en principio, el Forum Shopping no necesariamente ocasiona este fenómeno pues éste necesita de la ejecución concurrente de ciertos elementos, que más adelante se desarrollarán. Por ahora, resulta importante entender a qué nos referimos cuando hablamos de fraude a ley, pues es un concepto esencial en el desarrollo del presente artículo.

Según Nygh, esta noción “pretende dejar sin efecto una elección de ley cuando las partes han manipulado un factor de conexión para obtener una ventaja denegada o prohibida por la ley del foro” (Como se citó en Vial, 2016, p. 916). En otras palabras, defraudar la ley implica que, de manera dolosa e intencional se modifiquen los puntos de contacto que en principio eran aplicables a la situación jurídica internacional privada por otros que conllevan a una solución claramente distinta (pues si existiera la misma solución no tendría sentido), con mayores beneficios para la parte demandante en perjuicio de la otra parte o, incluso, en beneficio de ambas partes que pueden formar una coalición para contravenir y afectar el ordenamiento jurídico.

Para ampliar este concepto también puede entenderse como un método que

consiste “en la conducta totalmente voluntaria realizada con el exclusivo fin de obtener un fin ilícito a través de un medio lícito (...) radica en evitar la aplicación de una norma imperativa, mediante el cambio de punto de contacto” (Mansilla y Mejía, 2010, p.107).

Este fenómeno tiene su origen en el derecho interno y tradicional. En este contexto, se entiende que desde el derecho romano ya se abordaba una figura parecida puesto que existía la posibilidad de eludir la ley, a pesar de que ésta era excesivamente formalista, tal como lo plantea Miaja de la Muela: “El Derecho Romano, pese a ser excesivamente formalista, daba la posibilidad de combinaciones hábiles, mediante las cuales era posible violar el espíritu de la ley mientras su letra había sido cumplida”. (como se citó en Mansilla y Mejía, 2010, p.108).

Por otro lado, es importante analizar los elementos o circunstancias que son necesarios para que se configure el fraude a la ley. En primer lugar, “debe haberse evadido una ley que se considere impe-

“En el seno de la libre elección del foro aplicable a la situación jurídica internacional privada a partir de unos elementos de conexión, surgen ciertos debates a nivel teórico y práctico, uno de ellos es el de fraude a la ley”

“(…) es evidente que el mundo contemporáneo se encuentra bajo una atmósfera jurídica global, donde el derecho ha evolucionado rompiendo las barreras de los países”

rativa” (Aguilar, 2019, p.84). Esto quiere decir que debe existir una clara y precisa violación de una ley que en el ordenamiento jurídico nacional de determinado estado se configura como de rango superior o imperativo. En segundo lugar, es muy importante que exista una intención de defraudar a la ley, siendo necesaria la manifestación de la mala fe en la parte que invoca la ley para su aplicación. “Un animus de mentir, de una absoluta ausencia de sinceridad al momento de invocar la aplicación de una ley distinta a fin de burlar la ley original y verdaderamente aplicable”. (Mansilla y Mejía, 2010, p.117). En tercer lugar, se entiende que en el fraude a la ley se alteran los puntos de contacto luego del nacimiento de la relación jurídica (Aguilar, 2019).

Por último, “el juez sólo debe recurrir al fraude a la ley como último medio de sanción, cuando se evade una norma imperativa” (Mansilla y Mejía, 2010, p.117). De este modo, se puede decir que es una noción de carácter accesorio, puesto que corresponde a los operadores judiciales revisar las otras posibles acciones que

pueden ser utilizadas para sancionar el actuar ilegal, en el conglomerado de leyes vigentes del respectivo país.

Son varias las razones por las cuales un individuo puede hacer un uso abusivo del forum shopping como, por ejemplo:

Los gastos de litigar en el foro, las molestias para el adversario, las simpatías probables o esperadas de un grupo de jurados potencial, la naturaleza y disponibilidad de la revisión de apelaciones, los calendarios judiciales y los retrasos, las reglas locales, la permisibilidad de los arreglos de reparto de honorarios y prácticamente cualquier otro diferencia interjurisdiccional (Forum shopping reconsidered, 1990, p.1678).³

Ahora, es evidente que el mundo contemporáneo se encuentra bajo una atmósfera jurídica global, donde el derecho ha evolucionado rompiendo las barreras de los países. El derecho internacional se encuentra en un punto de gran esplendor, tanto así, que se empieza a abordar la consolidación de su doctrina como un conjunto general, sin la distinción tradicional entre el aspecto público y el privado. Aunado a ello, aparecen ciertas prácticas que cuestionan las barreras del derecho y de la configuración de un potencial fraude a la ley o no, como lo es la maternidad subrogada y la fecundación in vitro, las cuales han dado lugar a un amplio desarrollo en el mundo doctrinal, jurídico y jurisprudencial del derecho internacional debido a que ellas se encuentran profundamente relacionadas con derechos humanos fundamentales tales como el derecho a la vida digna, derecho a la sexualidad, derecho a la vida privada, derecho a la autonomía, entre otros.

3) Cita traducida del texto original en inglés.

II. PRESENTACIÓN DEL ESTATUS JURÍDICO ACTUAL SOBRE CASOS DE TRASLADO DE JURISDICCIONES CON FINES REPRODUCTIVOS EN SITUACIONES DE MATERNIDAD SUBROGADA BAJO LA ÓRBITA DE FRAUDE A LA LEY

La familia en el sentido tradicional entendido como la formación de un hombre y una mujer que por medio del acto sexual logran procrear y conformar un hogar está en crisis, debido a que el avance tecnológico de la medicina ha permitido el ejercicio de prácticas innovadoras como las TRHA, especialmente la maternidad subrogada y la fecundación in vitro, las cuales permiten que parejas del mismo sexo, mujeres u hombres solteros y, en general, las personas que por algún motivo no puedan o no quieran tener hijos por los medios tradicionales, accedan de distintas maneras a conformar una familia. Por lo cual, esta acepción tradicional, al día de hoy se queda corta para dimensionar las nuevas estructuras familiares.

Esta situación, junto con la facilidad de movilización transnacional, ha dado lugar al desarrollo de dos nuevos fenómenos, por un lado, la formación de lo que se conoce como familia internacional “es decir, aquellas familias conformadas por individuos que están bajo la jurisdicción de naciones diversas” (González y Alborno, 2016, p. 160) y por otro, la llamada “revolución reproductiva porque estas técnicas separan la reproducción humana de la sexualidad” (González y Alborno, 2016, p. 160).

Esta nueva concepción de familia a su vez, involucra nuevas perspectivas del derecho internacional. Si bien, en la acepción tradicional el objeto de los derechos humanos y del derecho internacional privado es sustancialmente diferente, debido a que el primero procura por la protección de los individuos en toda su dimensión humana pretendiendo el mayor estado de bienestar, en un contexto de dignidad

y protegiéndolo de toda vulneración por parte de otros agentes (principalmente las naciones), donde, además, existe una relación de corte vertical, entre dos sujetos: el estado y el ciudadano. En esta relación es el estado el que se encarga de respetar, proteger e implementar los derechos humanos en beneficio del ciudadano.

Por su parte, el derecho internacional privado, en su acepción tradicional se destina a regular los conflictos que nacen en virtud de las relaciones privadas de índole internacional, en donde no aparece la actuación del estado, más que como mero agente privado y las relaciones son de corte horizontal, donde las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Sin embargo, en nuestra sociedad actual, los derechos humanos representan una importancia tal, que han llegado a impregnar todas las normas, resoluciones, tratados, actuaciones, decisiones, etc. que tienen una dimensión jurídica, por lo cual, no resulta viable descartar la aplicación de estos conceptos a las relaciones

“[E]n nuestra sociedad actual, los derechos humanos representan una importancia tal, que han llegado a impregnar todas las normas, resoluciones, tratados, actuaciones, decisiones, etc. que tienen una dimensión jurídica, (...)”

“[E]s evidente la relación e incidencia que tiene la doctrina de los derechos humanos en las prácticas privadas objeto de estudio, (...)”

privadas internacionales y mucho menos en este ámbito del derecho a la familia, al respecto, autores como Mario de la Madrid afirman que los Derechos Humanos “representan un orden objetivo de valores que impregnan a la totalidad del sistema (...) y por lo tanto reclaman (...) ser aplicadas sin intermediación en todos los sectores del Derecho” (Como se citó en Pereznieto, 2018, p. 127).

En cuanto a los temas en particular que interesan en el presente escrito (maternidad subrogada y fecundación in vitro), es evidente la relación e incidencia que tiene la doctrina de los derechos humanos en las prácticas privadas objeto de estudio, los cuales afectan directamente el concepto macro de derecho a la familia, por lo que, el desarrollo de aquellos ha permitido el avance, consolidación y regulación de las referidas praxis. En consecuencia, en este contexto, los derechos humanos fundamentales que están relacionados son, entre otros, el derecho a la vida digna, el derecho a la familia, el derecho a la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico

y el principio de no discriminación. Esto puede verse expresado en la Declaración Universal de Bioética y derechos humanos, la cual se llevó a cabo el 19 de octubre de 2005, además, cabe resaltar, cómo en esta declaración se “contempla las cuestiones éticas relacionadas con la medicina, las ciencias de la vida y las tecnologías conexas aplicadas a los seres humanos. Toma en cuenta sus dimensiones sociales, jurídicas y ambientales.” (Bladilo, Torres y Herrera, 2017, pp. 2-3).

La maternidad subrogada y la fecundación in vitro son técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), las cuales se entienden como “el conjunto de técnicas que facilitan o sustituyen los procesos naturales que producen un embarazo. Estas técnicas han permitido que parejas infértiles, personas sin pareja, mujeres mayores y parejas homosexuales y lesbianas tengan la posibilidad de tener hijos/as biológicos” (Velarde, 2016).

En cuanto a la maternidad subrogada o también llamada gestación por sustitución “consiste en la implantación por fecundación in vitro o inseminación artificial de un embrión en una madre gestante, con la que los padres de intención han firmado un contrato previo, con o sin remuneración económica” (Heredia, 2019, p.421). Acerca de su regulación, países como Ucrania, Armenia, Tailandia, Rusia y algunos estados de EE UU, aceptan esta práctica. En cambio, otros, como Reino Unido, la admiten, pero solo con fines altruistas y no se puede realizar con fines comerciales. En países como Austria, Italia, Alemania, algunos estados de EE UU y España, prohíben radicalmente su práctica (Heredia, 2019) y, por último, se encuentran países como Colombia, donde no hay una expresa regulación del tema, sin embargo, se lleva a cabo en la práctica.

Por otro lado, la fecundación in vitro se entiende como:

La técnica de reproducción asistida que involucra fecundación extracorpórea. La técnica consiste en una estimulación ovárica controlada mediante medicamentos aplicados a la mujer con la intención de obtener múltiples folículos, los cuales contienen los ovocitos que serán aspirados posteriormente vía vaginal. Esos ovocitos serán fertilizados en el laboratorio (“in vitro”) y, posteriormente, los ovocitos que sean fertilizados y progresen adecuadamente a embriones serán transferidos a la cavidad uterina (Bagnarello, 2015).

Esta práctica se regula de manera distintas en varios países o incluso en algunos países no existe una regulación precisa como es el caso de Colombia, donde no hay una expresa licencia para realizar este tipo de prácticas, sin embargo, se llevan a cabo en virtud del artículo 42 de la Constitución Política el cual establece: “Los hijos habidos en el matrimonio o fuera de él, adoptados o procreados naturalmente o con asistencia científica, tienen iguales derechos y deberes.” (Negrilla fuera del texto original). Mientras que en Chile no existen leyes que garanticen o protejan el derecho a acceder a tratamientos de fertilización asistida, sólo existe legislación asociada a esta materia. (Velarde, 2016). Finalmente, en Uruguay hay una regulación expresa de la fecundación in vitro mediante el Decreto 84/015 el cual reglamenta las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, dentro de la cual se encuentra la fecundación in vitro (Fondo Nacional de Recursos, 2018).

Ahora bien, en este marco globalizado donde, en primer lugar, la fecundación in vitro y la maternidad subrogada tienen un tratamiento jurídico distinto en cada ordenamiento y, en segundo lugar, las personas buscan ejercer el derecho a una familia, el derecho a la vida privada,

a la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y gozar del principio de no discriminación; puede dar lugar a situaciones, en el derecho internacional privado, en las cuales se manipulen los factores de conexión para buscar el ejercicio efectivo de estos derechos humanos involucrados, dando lugar a lo que se ha conocido doctrinalmente como “turismo reproductivo” definido como:

La actuación de parejas que no pueden tener hijos mediante el empleo de métodos naturales y que optan por el desplazamiento de su país o Estado de residencia, donde la gestación por sustitución no está legalizada, a otro país donde las leyes o jurisdicción sí que permiten concebir un hijo este medio mediante (Gomez, 2020, p. 6).

Sin embargo, se considera que a tal definición debe agregarse que no solo es una actuación de parejas heterosexuales, sino también de parejas homosexuales, así como es totalmente posible predi-

“Esta práctica se regula de manera distintas en varios países o incluso en algunos países no existe una regulación precisa como es el caso de Colombia, donde no hay una expresa licencia para realizar este tipo de prácticas (...)”

“(…) para que se dé aplicación al derecho internacional privado es necesario la existencia de más de un elemento extranjero (…)”

car dicho actuar de mujeres u hombres solteros que busquen procrear. De igual forma, es muy importante precisar que puede haber razones adicionales a la infertilidad que pueden forzar a las personas a no procrear de manera directa, aún pudiéndolo hacer; esto, por ejemplo, en razón de situaciones de salud de la madre que pueden poner en peligro su vida y la del nasciturus o porque simplemente la mujer no desea llevar en su cuerpo el embarazo.

Es de conocimiento que para que se dé aplicación al derecho internacional privado es necesario la existencia de más de un elemento extranjero y en estos casos, se dan los presupuestos para la aplicación de esta rama del derecho, debido a que sujetos que residen en un país determinado en el cual no está permitido llevar a cabo la maternidad subrogada o la fecundación in vitro (primer elemento extranjero) se trasladan a otro en el que sí se pueden llevar a cabo dichas prácticas (segundo elemento extranjero) pero sin tener, en principio, ningún vínculo; allí se contactan con una ciudadana nacional del estado objeto de desplazamiento para llevar a cabo la TRHA y, para que cuando el menor nazca, este pueda ser trasladado al país de origen de los padres de intención, para llevar a cabo los registros respecti-

vos notariales y que figuren legalmente como sus hijos (Gomez, 2020).

Estos supuestos fácticos de traslado con fines reproductivos y que están revolucionando la concepción típica de familia traen consigo una problemática, la cual ha sido abordada por los operadores judiciales conocedores del caso como un fraude a la ley por considerar que atenta contra el orden público nacional, debido a que se ha creado intencionalmente un punto de conexión en la relación jurídica internacional que en principio no se tenía, para luego poder invocar el foro de aplicación legal que lo favorece, pues de lo contrario, no se hubiese podido llevar a cabo dicha actuación en razón de una expresa prohibición en el país de origen de los padres de intención, de las prácticas de fecundación in vitro y maternidad subrogada.

Los siguientes casos giran en torno a la identificación de una posible configuración de fraude a la ley dentro del contexto internacional anteriormente planteado. Se analizará en primer término el caso de España, siendo este uno de los países en los que no está reconocida la maternidad subrogada, puesto que la normatividad de este país se basa en el principio “mater certa esta” que traduce: “la madre es aquella que sufre el parto”, esto se contempla en el artículo 10 de la ley 14 de 2006, que establece la existencia de una nulidad de derecho sobre el contrato donde las partes ponen de manifiesto su deseo de ejercer la gestación por sustitución, sin importar si se pacta un precio o no. (Gósalbez y Fernández, 2018).

Sin embargo, existen posturas encontradas ya que se han hecho interpretaciones diferentes de dicho artículo, algunos proponen que se debe entender que existe una restricción radical y que “la prohibición debe permanecer para evitar el comercio sobre el cuerpo humano y sobre

las personas, así como la explotación de la mujer gestante...” (Caravaca y Gonzáles, 2015, p.47), bajo esta postura, cualquier práctica relacionada con el movimiento internacional para subrogar la maternidad o fecundar in vitro, se va a configurar como un fraude a la ley. Mientras que en una interpretación un poco más extensiva del sistema jurídico español, de acuerdo con Gósalbez y Fernández (2018), no está prohibido para los españoles registrar a los hijos nacidos por fuera del país mediante la técnica de la maternidad subrogada, de acuerdo con la instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado, del 5 de octubre de 2010, que abre un registro especial para los nacidos mediante maternidad subrogada; bajo esta postura, garantista del respeto de la autonomía de las partes, se estaría ante la figura del forum shopping y no ante un fraude a la ley.

Dentro de este contexto jurídico español existe un caso relevante y de necesario estudio, se trata de una pareja homosexual de nacionalidad española, quienes tuvieron a sus hijos gemelos mediante la técnica de maternidad subrogada en California, Estados Unidos. Ellos acuden ante el Registro Consular de España en los Ángeles para realizar el proceso de registro civil de los menores, sin embargo, en el consulado niegan la inscripción por considerar dicho contrato nulo y contrario a las normas españolas. Ante un recurso interpuesto por la pareja, la Dirección General revoca el auto y ordena la inscripción. (Gomez, 2020).

Posterior a ello, el Ministerio Fiscal recurre tal resolución ante el Juzgado de Primera Instancia N° 15 de Valencia quien decide dejar sin efecto la inscripción del Registro Civil Consular de los Ángeles. Su decisión se basó en el artículo 23 de la Ley del 8 de junio de 1957 del Registro Civil que establece que “Las inscripciones se practican

(...) siempre que no haya duda de la realidad del hecho inscrito y de su legalidad conforme a la Ley española.” Además, este juzgado considera otros argumentos tales como la preeminencia de los derechos de la madre gestante y del menor sobre el contrato, también predica que la celebración de este tipo de convenios por nacionales, así sea celebrado por fuera del territorio nacional español, es nulo de pleno derecho conforme al artículo 954 de la Ley de enjuiciamiento Civil. Otro de los argumentos que se ponen de manifiesto, es el interés superior del menor, ya que aduce que éste no puede usarse para eludir y vulnerar el ordenamiento jurídico. Finalmente arguye que tal actuación por parte de la pareja se considera un fraude a la ley y por ende, no deberá hacerse el Registro Civil cuando se trate de un contrato de maternidad subrogada (Gomez, 2020).

En este caso, el tribunal decide no reconocer a los niños como hijos de la pareja al considerar que se configura el fraude a la ley, por el hecho de que los padres crean una relación jurídica internacional

“En este caso, el tribunal decide no reconocer a los niños como hijos de la pareja al considerar que se configura el fraude a la ley, (...)”

“Si bien, en principio el juez no reconoce la ley del foro aplicable al caso por ser contrario al ordenamiento público, han existido dos casos en España que contrarían la postura tradicional del fraude a la ley (...)”

manipulando el punto de conexión puesto que se trasladan hasta el estado de California en Estados Unidos, donde, en principio no tenía ninguna relación, para poder llevar a cabo una práctica prohibida en su país de origen, aprovechándose de las distintas regulaciones y haciendo uso de las que más les benefician. Además, considera, que atenta contra el orden público.

Si bien, en principio el juez no reconoce la ley del foro aplicable al caso por ser contrario al ordenamiento público, han existido dos casos en España que contrarían la postura tradicional del fraude a la ley, el primero de ellos es la postura tomada por la oficina de Registro Civil español que ha creado una sección de registro especial para la filiación que surge de los niños nacidos por subrogación o fecundación in vitro en el extranjero (Gósalbez y Fernández, 2018). El segundo caso trata de la sentencia del 16 de noviembre del 2016 de la Sala de los Social del TS español, que reconoce el derecho a la prestación por maternidad de una madre de gestación subrogada (Gomez, 2020).

Lo casos anteriores, se constituyen como una clara evidencia de que, a pesar de que existe una expresa prohibición de llevar a cabo la gestación por sustitución en España, cabe la posibilidad de ponerla en práctica, en virtud del concepto de orden público atenuado, el cual se entiende como una excepción al ordenamiento público y abre la posibilidad de dar aplicación a leyes extranjeras a pesar de ser contrarias a las normas nacionales (Gomez, 2020).

Otro ejemplo claro, que pone de manifiesto el concepto de orden público atenuado se evidencia, en el siguiente caso. El Tribunal Supremo de Justicia, sala constitucional de la República Bolivariana de Venezuela, conoce de la solicitud de una pareja formada por dos mujeres que busca la inscripción de su hijo en el registro civil con el apellido de ambas, el cual fue procreado mediante fecundación in vitro con el óvulo de una de ellas en Argentina. Ante esta situación, dicho Tribunal se pronunció inicialmente, mediante sentencia número 1187 del 15 de diciembre de 2016, denegando la solicitud para inscribir como nacional venezolano a su hijo (Araque, 2017). Esto, en razón de que el operador judicial consideró que los hechos constituían un fraude a la ley.

No obstante, luego de un tiempo, una de las madres que donó el óvulo y llevó a cabo la gestación del menor, fallece en un accidente; este repentino cambio en las situaciones fácticas del caso hace que la madre superviviente lleve nuevamente el caso ante el Tribunal Venezolano, para que se reconozca su filiación con el menor en este país, el cual decide revocar los pronunciamientos anteriores respecto al caso, accediendo, en dichas circunstancias, a que se autorice su inscripción con los apellidos de la madre sobreviviente. Es importante recordar que, inicialmente, se había negado la solicitud de registrar

al niño con el apellido de ambas, alegando que en Venezuela dicha práctica está prohibida, ya que solamente se puede registrar cuando exista una conexión de consanguinidad como lo había con la madre que donó su óvulo, pero no con su pareja (Araque, 2017).

En el anterior caso, la aplicación de la teoría del orden público atenuado se evidencia en el momento en que el juzgador venezolano decide revertir sus decisiones ante el cambio de la situación fáctica (muerte de la madre que donó el óvulo). Si bien, las normas venezolanas exigen, para llevar a cabo el registro de un nacional, la relación necesaria de consanguinidad, el Tribunal consideró que por encontrarse en juego los intereses superiores del niño, pudiéndose afectar estos de manera grave, se debía dejar a un lado el carácter imperioso del sistema legal venezolano y permitir el registro del menor con los apellidos de la mujer sobreviviente, aunque en principio ella no tenía una relación de consanguinidad directa. Es decir, se dejó a un lado el imperativo normativo del sistema venezolano, para dar cabida a otra perspectiva (ordenamiento jurídico atenuado) y lograr así una respuesta al caso mucho más garantista de los derechos humanos.

Para seguir ilustrando la problemática del fraude a la ley en las relaciones internacionales, es preciso señalar otros casos en los que los jueces han utilizado la excepción de orden público para, de manera tajante, no dar aplicación a la ley del foro escogida por las partes. Uno de ellos es el litigio de Cayetana quien nació mediante un proceso de subrogación en la India; el padre y la madre contratantes eran de nacionalidad española y argentina, respectivamente, pero eran residentes en Madrid, España. En este caso, ni India ni España querían reconocer la ciudadanía a la menor, al final, un tribunal argentino reconoció la nacionalidad

argentina mediante una medida autosatistisfactiva, quien consideró que debía primar el interés superior de Cayetana, pues de lo contrario, se vulneraría derechos humanos básicos plasmados en la Declaración Universal de Derechos Humanos como el derecho a la nacionalidad y el derecho a la identidad, el cual además es una norma de rango constitucional del país vinculada en virtud de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (Scotti, 2015).

En el caso de Cayetana, ninguna de las jurisdicciones, en principio implicadas, quiso reconocerle sus derechos como persona, puesto que daban primacía a las normas internas que prohíben la TRHA de maternidad subrogada y aunque, de manera explícita ninguno de los países involucrados habla de fraude a la ley, si se le da aplicación a la misma porque ellos usan y dan prevalencia a los instrumentos nacionales para rechazar la solicitud de aplicación de ley extranjera, validan-

“[S]e dejó a un lado el imperativo normativo del sistema venezolano, para dar cabida a otra perspectiva (ordenamiento jurídico atenuado) y lograr así una respuesta al caso mucho más garantista de los derechos humanos.”

“(…) hay excepciones a la regla general, la más notable de estas es el fenómeno que se ha denominado como “orden público atenuado” (…)”

do el carácter de ultima ratio que tiene el concepto de fraude a la ley, pero esto no significa que de manera implícita no se haya dado el tratamiento de la figura (Scotti, 2015).

Los casos “Menneson” y Labasse” también expresan el problema del turismo reproductivo y del fraude a la ley. En esta situación, dos parejas francesas llevan a cabo una gestación por sustitución debido a que en su país tal práctica está prohibida; una vez, los menores nacieron, la filiación de los niños con los padres fue reconocida mediante sentencia judicial en los estados de California y de Minnesota en Estados Unidos. Cuando ellos presentan una acción judicial de reconocimiento de la sentencia extranjera relativa a la filiación de los menores ante La Cour de Cassation en Francia, ésta niega las solicitudes bajo el criterio de que la gestación por sustitución incurre en una nulidad de orden público conforme al artículo 16-9 del Código Civil francés (Scotti, 2015).

De igual forma, en este caso, como se ha venido describiendo, otra vez se argumenta por parte de los operadores judiciales el orden público como excepción a la ley del foro aplicable y aunque tampoco, expresamente se refieren a la figura de fraude a la ley, el tratamiento del caso se da como si se tratará de uno.

Los casos que se describen anteriormente exhiben el problema planteado, debido al evidente cambio de jurisdicciones, que se genera en el marco del derecho internacional privado, que se hace con fines reproductivos (“turismo reproductivo”) de un país que no lo permite a otro que sí. De esta manera, existe una modificación arbitraria de los puntos de conexión en favor de quien los invoca, dando lugar a lo que muchos jueces consideran como un fraude a la ley, puesto que existe una vulneración del orden público internacional que trae como consecuencia la no aplicación de la ley del foro, ya que se puede llegar a considerar que “la autoridad de las leyes se vería gravemente disminuida si el DIPr diera a los particulares los medios de evitar las leyes imperativas y aprovecharse de la diversidad de legislaciones internas para aceptar únicamente aquellas que les beneficiaran más.” (Gomez, 2020, p. 16).

Sin embargo, hay excepciones a la regla general, la más notable de estas es el fenómeno que se ha denominado como “orden público atenuado”, que como vimos en el caso de España y en el de Venezuela, permiten cierta flexibilización de las normas internas de cada estado, dándole mayor peso a la garantía de otros derechos humanos como el interés superior del niño. Esta situación claramente pone en tela de juicio varias perspectivas jurídicas, gracias a la nueva perspectiva y alcance de los derechos humanos fundamentales que nos llevan a repensar si tales situaciones de traslado de jurisdicción realmente deben ser tratadas como un fraude a la ley.

III. REPLANTEAMIENTO DEL CONCEPTO DEL FRAUDE A LA LEYA LA LUZ DE LA VISIÓN CONTEMPORÁNEA DEL DERECHO INTERNACIONAL, BASADA EN LA TEORÍA DEL GLOBAL LEGAL PLURALISM.

La era contemporánea, en plena atmósfera de globalización, ha traído consigo

nuevos fenómenos que han transformado las instituciones tradicionales, como ya se ha visto, una de esas instituciones es la familia, ello, debido a que la estructura familiar como típicamente se ha conocido se ha embarcado en un cambio, segregándose en varios tipos, que comprende a las parejas heterosexuales, homosexuales, hombres solteros y mujeres solteras, entre muchas otras formas de configuración de la misma. En este sentido, González y Albornoz (2016) afirman que:

Hay un aumento de las llamadas nuevas estructuras familiares ante la proliferación de familias ensambladas, monoparentales, homoparentales, y así un largo etcétera. En consecuencia, se torna imperiosa la necesidad de ampliar la noción de familia por canales y conductos diversos a los de la concepción tradicional (p. 161).

En este orden de ideas, una fuerte influencia en la nueva noción de familia han sido fuerzas externas como las empresas transnacionales y mercados generales de occidente, como la Unión Europea; a esto, se le suma la importancia de los medios de comunicación, ya que su eficacia y rapidez han permitido la conexión de los distintos territorios, tanto así, que se puede comparar la cotidianidad de las familias estadounidenses y las familias de otros puntos remotos del planeta (Berman, 2004).

Otro de los temas que ha incidido en la concepción típica de familia, en virtud de la revolución que ha traído consigo la nueva era científica y universal, son las TRHA. La incidencia de las TRHA en el concepto de familia y el abordaje del mismo, desde el derecho internacional, se constituye como un asunto de extrema relevancia para este escrito, debido a que las regulaciones disímiles sobre el tema y el ánimo de las personas de ejer-

cer su derecho a la familia, han dado lugar a la consolidación del fenómeno denominado “turismo reproductivo”, el cual supone, a nivel jurídico, un reto para las legislaciones estatales y los operadores judiciales en su tarea de evaluar si dichos comportamientos constituyen o no una vulneración a su ordenamiento público y por ende, un fraude a la ley. Pero, ¿realmente este comportamiento que busca el ejercicio de un derecho fundamental (derecho a la familia) debe abordarse desde la perspectiva de un fraude a la ley?

Prácticas innovadoras como las TRHA, especialmente, la maternidad subrogada y la fecundación in vitro, suponen soluciones innovadoras ante los problemas que suscitan en las jurisdicciones domésticas y no soluciones abordadas desde las perspectivas de conceptos típicos del derecho internacional como la postura tradicional que separa al derecho internacional público y privado o el fraude a la ley; nociones que se resultan insuficientes a la hora de dar un abordaje integral a la problemática, pues, como afirma Kennedy (2002), en el derecho internacional privado

“¿[R]ealmente este comportamiento que busca el ejercicio de un derecho fundamental (derecho a la familia) debe abordarse desde la perspectiva de un fraude a la ley?”

“(...) no solo es insuficiente la división entre lo privado y lo público, sino que también lo son otros conceptos del derecho internacional, en particular, el concepto clásico de fraude a la ley (...)”

La mayoría de las respuestas profesionales a los problemas en el mundo son rutinarias, incluso cuando requieren cierto nivel de creatividad profesional: buenas ideas de una organización se toman prestadas por otra; lo que funcionó en la lucha contra una enfermedad se prueba en la batalla contra otra; mecanismos de cooperación interestatal desarrollados en el control de armamentos se adaptan a la regulación del medioambiente y así sucesivamente (p.80).

En particular, en cuanto al tema de la división entre el derecho internacional público y privado, según el cual, cada una de estas ramas atendía a un objetivo distinto, hoy por hoy se encuentra en crisis, puesto que, este tipo de nociones en el campo transnacional ya no es suficiente para dar respuesta a los nuevos retos que representan los avances científicos y tecnológicos.

En este sentido, como lo ha señalado Berman (2004), la tensión entre derecho público y privado ha estado apoyada en posturas canónicas, según las cuales, el derecho público se encarga meramente

de temas de derecho regional como el derecho penal, administrativo o el derecho constitucional, mientras que el derecho privado es definido como la regulación que recae sobre las relaciones que entablan los ciudadanos, el derecho internacional no ha sido ajeno a conceptualizarse conforme a tal división. Sin embargo, en la actualidad es difícil mantener tal fraccionamiento, debido a la complejidad de las nuevas estructuras sociales que implican al mismo tiempo aspectos públicos y privados que están envueltos conjuntamente, es decir, siempre que haya una actuación privada se va a involucrar un aspecto del derecho público (Berman, 2004), tal es el caso de las TRHA y del fenómeno de “turismo reproductivo” que implican al mismo tiempo aspectos públicos como el orden interno de un país y aspectos privados como el deseo de formar una familia.

En este orden de ideas, no solo es insuficiente la división entre lo privado y lo público, sino que también lo son otros conceptos del derecho internacional, en particular, el concepto clásico de fraude a la ley, el cual se entiende como la elección malintencionada del foro a través del cambio de un punto de conexión con el cual inicialmente no se tenía relación alguna, lo que se considera como una vulneración del orden público de un ordenamiento jurídico específico. Este concepto, típicamente se ha enmarcado dentro de la rama privada del derecho internacional, partiendo de la premisa (implícita o explícita) de que no tiene relación alguna con aspectos públicos específicamente, lo relacionado con el derecho internacional de los derechos humanos y por tal razón, es menester su replanteamiento sobre todo en el contexto de interés donde la maternidad subrogada y la fecundación in vitro han sido consideradas como prácticas constitutivas de este fenómeno jurídico, tal y como se desarro-

lló en el capítulo anterior, sin embargo, dicho concepto no tiene en cuenta que en este escenario entran en juego elementos importantes que van más allá del concepto de orden público como lo son los derechos humanos, particularmente el derecho a la familia, el cual, ha sido consignado en varios instrumentos internacionales.

La reconceptualización del fraude a la ley en este contexto, debe partir de una perspectiva donde el marco jurídico internacional existente, ya no se perciba como un conjunto de normas organizadas jerárquicamente (Luhmann, 2005) y separadas entre lo público y privado, sino que, por el contrario, se considere el hecho de que las leyes de los distintos ordenamientos jurídicos interactúan entre sí, junto con las disposiciones internacionales en un sentido armónico. En este orden de ideas, el principal argumento del fraude a la ley, que es la vulneración del orden público, pierde importancia. Y, aunque hay autores que consideran que tal perspectiva supone una fragmentación del sistema legal internacional, realmente esto puede representar una nueva visión que fortalezca el pluralismo jurídico global (Burke-white, 2004).

El pluralismo jurídico global desarrolla unos fundamentos de extrema importancia a la hora de hacer una nueva conceptualización del fraude a la ley ya que, esta visión implica una comunidad global de tribunales en la cual, las distintas instituciones que administran justicia (a nivel internacional y nacional) están unidas por normas jurídicas, procedimientos y redes multilaterales (Jiménez, 2016). De igual forma, desde esta perspectiva las relaciones entre quienes toman las decisiones deben ser analizadas desde una visión común tanto en la esfera oficial y no oficial dando lugar a una interacción armónica e integrativa entre los distintos

regímenes (Schif, 2013) y ello, según Sousa Santos (1987), es “uno de los conceptos claves en la visión postmoderna del derecho, en la cual se da la coexistencia de espacios legales, superpuestos, interconectados e interrelacionados, y la vida de la gente está alcanzada por la interlegalidad de dichos sistemas normativos.” (Como se citó en Iannello, 2015, p.767).

En este sentido, el fraude a la ley no debe evaluarse desde una perspectiva típica del derecho privado e interno y de forma aislada, bajo el argumento de que la prohibición de la maternidad subrogada y la fecundación in vitro atentan contra la ética, la moral, los valores y principios sobre los cuales se cimienta el estado en particular, sino por el contrario, éste debe analizarse a través de un sistema colaborativo, integral y armónico del orden internacional, que encuentre su fundamento principal en la aquiescencia estatal del ejercicio efectivo de los derechos humanos, que han sido consagrados en varios instrumentos internacionales, especialmente, el derecho a la familia, el derecho a la vida digna, el derecho a la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación y que en este orden, no tenga consideración, a la

“ (...) el fraude a la ley no debe evaluarse desde una perspectiva típica del derecho privado e interno y de forma aislada (...)”

“(...) el replanteamiento del fraude a la ley debe hacerse centrándose en los actores, las normas y los procesos como elementos básicos de un derecho internacional con una visión más amplia e inclusiva sobre el derecho y en particular de estos fenómenos (...)”

hora de dar una solución óptimo a este tipo de problemáticas, el concepto antiquísimo de prevalencia del orden interno por encima de sistemas jurídicos multilaterales como lo es el sistema internacional de los derechos humanos

Además, esta reconceptualización no debe dejar a un lado de manera tajante la visión del ordenamiento jurídico interno involucrado, sino que debe buscar una integración que logre un equilibrio entre el derecho internacional y el derecho interno, sin que se llegue a vulnerar los intereses que atañen a cada quien en el conflicto (por un lado, el deseo de la maternidad o paternidad de la persona y, por otro lado, los valores y principios del estado que prohíbe la maternidad subrogada y la fecundación in vitro).

La armonización de los intereses contrapuestos en esta situación particular,

desde la óptica del pluralismo jurídico, se cimienta en la relativización y debilitamiento de los supuestos tradicionales del derecho tales como el de conexión territorial y el de un sistema “with a politically institutionalized system of rule creation, implementation, and adjudication” (Zumbansen, 2012, p.308). Así pues, ya no son tan claros los límites que antes podían predicarse de conceptos como “estado”, “nación” o “región”, sino por el contrario, se ve a la sociedad como un orden mundial transnacional donde “the study of law (and of regulatory governance more generally) refers to “territory,” “jurisdiction,” or the “state” in order to appreciate specific, historically grown or politically constituted, frameworks of legal evolution at a particular time and place” (Zumbansen, 2012, p.309).

Tal como afirma Jiménez (2016)

El marco de globalización jurídica en el que nos situamos trasciende cualquier tipo de relación con el territorio y se caracteriza por normas y procedimientos jurídicos que rigen procesos políticos y económicos transnacionales que determinan a los procesos de producción normativa estatales (...) el paradigma kelseniano de unidad entre Estado y Derecho se diluye, al igual que el principio del Estado como punto último de imputación, como voluntad superior sobre la cual no hay ninguna otra. (P.241).

En este sentido, el replanteamiento del fraude a la ley debe hacerse centrándose en los actores, las normas y los procesos como elementos básicos de un derecho internacional con una visión más amplia e inclusiva sobre el derecho y en particular de estos fenómenos (Zumbansen, 2012), la noción recalcitrante del estado como un organismo jerárquico con normas imperativas e incuestionables queda atrás en el contexto contemporáneo donde la

convivencia normativa de estirpe internacional y nacional prevalece e impone a los gobiernos la necesidad de su adaptación armónica, contrario sensu, el estado no podría ofrecer a sus nacionales soluciones idóneas que se adapten a las exigencias de las nuevas relaciones que se crean en el tráfico jurídico internacional, con una alta probabilidad de vulneración de normas relacionadas con la dignidad humana y los derechos humanos.

Así, siguiendo la idea de pluralismo jurídico global, cuando se presente una consideración de un potencial fraude a la ley, en virtud de la práctica de turismo reproductivo, ésta figura debe evaluarse a través de un derecho “híbrido”, es decir, a través de un tribunal local que combine elementos de la ley nacional como de la internacional, que incluso puede llegar a emplear una combinación de jueces locales y extranjeros (Burke-white, 2004).

La propuesta de un derecho híbrido, a su vez, impone la necesidad de replantearse el concepto de jurisdicción, puesto que la posición física de las partes ya no aparece como una figura relevante para efectos de determinar la legislación aplicable a un caso en específico, ya que las personas se relacionan entre sí, creando negocios jurídicos o responsabilidades sin tener en cuenta las fronteras (Berman, 2004). En tales circunstancias, es totalmente válido pensar en las personas ya no como ciudadanos que pueden ejercer sus derechos en un territorio específico al cual están ligados por una situación en particular (matrimonio, residencia, negocios, trabajo, etc), sino como ciudadanos del mundo que entablan relaciones jurídicas a nivel global y, que por ende, los problemas presentados en virtud de dichas relaciones, se abarquen integralmente desde un derecho transnacional y no desde un derecho limitado, que de manera aislada, no se encuentra per se

preparado para estos nuevos retos y, que por lo mismo, necesita de la colaboración e integración de un orden jurídico que vaya más allá de sus fronteras: un orden jurídico transnacional.

En este sentido, Tomuschat plantea que “El derecho internacional se ha convertido en un cuerpo de derecho multifacético que impregna todos los ámbitos de la vida, dondequiera que los gobiernos actúen para promover un objetivo público” (Cómo se citó en Bogdandy, 2006, p. 429). Esto claramente desde un enfoque constitucional, en la que el Estado es un agente principal, la comunidad se convierte en una congregación moral, donde los preceptos internacionales erga omnes y jus cogens cobran importancia. Sin embargo, Tomuschat ha defendido que aún existen muchas diferencias entre lo internacional y lo nacional. Una de estas es lo que se entiende por “pueblo”, que es la base de conformación de un estado y, a su vez, de la construcción de su ordenamiento jurídico. En consecuencia, en el derecho internacional no existe, por ahora, un sustituto de este (Bogdandy, 2006). Por lo que, “no se trata, por lo tanto, de elegir un modelo excluyendo otro, sino que el tema fundamental es cómo diseñar un sistema multi-nivel de manera que cada nivel de autoridad ejerza sólo

“(...), la comunidad se convierte en una congregación moral, donde los preceptos internacionales erga omnes y jus cogens cobran importancia.”

aquellos poderes que corresponden a sus recursos de legitimidad". (Bogdandy, 2006, p. 440).

Así pues, desde una visión de un orden jurídico plural y global, el fraude a la ley en los casos de TRHA no debe verse como una práctica de connotación negativa que vulnere el orden público de un territorio en específico, pues tal noción, como se argumentó en los párrafos precedentes, pierde relevancia jurídica en virtud de la creciente consolidación de un ordenamiento jurídico global o transnacional que armoniza preceptos nacionales e internacional y sobre todo, le da una importancia trascendental al ejercicio efectivo de prácticas que están amparados en derechos humanos.

Por el contrario, debe reevaluarse y ser analizado desde un nuevo enfoque integrativo que se base en preceptos relativizadores e innovadores de conceptos clásicos del derecho internacional, como el del ejercicio de los derechos anclado a un territorio en específico o el concepto de derecho híbrido, que combina el ejercicio de derecho doméstico y extranjero en aras de buscar una armonía y la creación y consolidación de un derecho transnacional, que no vulnere los intereses de las partes en cuestión y donde sobre todo se dé cabida al ejercicio efectivo de derechos humanos fundamentales como el derecho a la familia, el derecho a la vida digna, el derecho a la autonomía personal, salud sexual y reproductiva, derecho a gozar de los beneficios del progreso científico y tecnológico y el principio de no discriminación.

IV. CONCLUSIONES.

El fraude a la ley en el derecho internacional habitualmente se ha definido como una excepción a la aplicación de la ley escogida por el actor, argumentando una

vulneración del ordenamiento público de la jurisdicción implicada, ya que se altera de manera intencionada y con mala fe los puntos de conexión en aras de obtener un resultado más beneficioso que aquel que se hubiese obtenido en el ordenamiento en principio competente. Esta configuración conceptual debe ser analizada y reevaluada debido a que la exigencia de muchas de las relaciones internacionales que se generan actualmente, no pueden ser examinadas bajo una única perspectiva de fraude a la ley puesto que muchas de ellas se encuentran justificadas y amparadas en el desarrollo de los derechos humanos. En este sentido, la creación intencionada de una relación jurídica internacional y la modificación de los puntos de conexión no siempre implica una mera actuación de mala fe, puesto que hay más elementos en juego que deben analizarse a profundidad.

El avance científico, tecnológico y médico presente hoy en día supone nuevos retos a instituciones tradicionales del derecho. En el presente escrito se abordó la crisis que enfrentan dos de estos conceptos que se vinculan por medio de las TRHA: La familia y el fraude a la ley. Por un lado, la familia entendida como la unión de un hombre y una mujer con el fin de procrear a través de la sexualidad y conformar una familia ya no es suficiente para abordar los fenómenos sociales que se dan en la práctica, como el hecho de que una mujer soltera desee ser madre sin un hombre a su lado a través, de fecundación in vitro con espermatozoides de un donante anónimo, o el hecho de que una mujer simplemente no desea llevar a cabo en su cuerpo la gestación de su hijo y contrata, de manera remunerada o no, a otra mujer para que lo haga por ella y un sin fin de situaciones similares.

La sociedad no debe entenderse como una organización estática e inamovible,

sino por el contrario, como un fenómeno dinámico y mutable que conlleva a un constante cambio de todas las disciplinas que tienen por objeto estudiarla y regularla, como el caso del derecho. El tratamiento jurídico de fenómenos nuevos comporta la necesidad de abordarlos a través de perspectivas nuevas, que se encuentren más a la par con el ritmo mismo de las necesidades de los fenómenos en cuestión. Abordarlas desde un enfoque clásico con figuras tradicionales no permitirá encontrar una solución que abarque de manera íntegra todo el espectro que las nuevas figuras involucran.

Es este sentido, es preciso dejar a un lado el uso del fraude a la ley ante situaciones que comportan algo más allá que la mera vulneración del ordenamiento jurídico, lo

cual, no implica desvirtuar y fragmentar los valores y principios bajo los cuales se estructura una sociedad en particular, sino lo que se pretende es la búsqueda de la conformación de una familia, que implica el ejercicio de derechos humanos, mediante la maternidad subrogada o la fecundación in vitro, se analice bajo la lupa de los derechos humanos, a la luz de un pluralismo legal global que destruya las barreras que por años se han construido entre las distintas naciones y se deje a un lado la concepción jerárquica de las organizaciones, así como el concepto de derecho anclado a un territorio en específico y por el contrario, se busque la construcción de un derecho transnacional que dé solución de manera más completa a los nuevos retos que nos impone la globalización y la tecnología. ◆

REFERENCIAS

- Karamanian, S. (2014). Public international law versus private international law: reconsidered the distinction. En la Organización de los Estados Americanos (OEA), XL Curso de Derecho Internacional 2013. (pp. 33-46). Recuperado de: http://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/publicaciones_digital_XL_curso_derecho_internacional_2013_Susan_L_Karamanian.pdf.
- Arévalo, M. (2019). Corresponsabilidad entre estado y empresas en el respeto y protección de derechos humanos en Latinoamérica. *Revista peruana de Derecho Internacional*, (163), 163-183. Recuperado de <http://spdiojs.org/ojs/index.php/RPDI/article/view/50/214>.
- Bogdandy, A. (2006). El constitucionalismo en el derecho internacional. *Harvard International Law Journal*, 47, 223-241. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3019/15.pdf>.
- Scotti, L. B. (2015). La gestación por sustitución y el Derecho Internacional Privado: Perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. *Revista de la Facultad de Derecho*, (38), 231-275. Recuperado de <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rfd/n38/2301-0665-rfd-38-231.pdf>.
- Heredia, A. (2019). La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales. *Teoría y realidad constitucional*, (43), 421-440. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6933158>.
- Dreyzin de Klor, A. y Echegaray de Mauseñón, C. (2011). Nuevos paradigmas de familia y su reflejo en el derecho internacional. Córdoba.
- Gómez, M. (2020) *La gestación subrogada: un análisis desde una perspectiva comparativa y del sistema español de Derecho internacional privado*. [Working Papers; n° 01, 2020]. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/59095/>.
- Sassen, S. (2003). Interventions the state and globalization. 902156990. <https://doi.org/10.1080/1369801031000112978>.
- Schwab, K. (2016). *The Fourth Industrial Revolution*. New York: Crown Business.
- Weisskopf, A., & Coello, G (2007). *Factores de conexión en el derecho internacional privado: la nacionalidad y el domicilio en las legislaciones Ecuatoriana y Argentina; problemas que se suscitan y posibles soluciones* (Bachelor's thesis, Universidad del Azuay). Recuperado de <http://dspace.uazuay.edu.ec/bitstream/datos/713/1/05913.pdf>
- Aguilar, A. (2019). The narrow line between forum shopping and evasion of the law. Recuperado de: <http://sui-juris.pucv.cl/handle/123456789/4214>
- Forum Shopping Reconsidered. (1990). *Harvard Law Review*, 103(7), 1677. Recuperado de <https://bdbib.javerianacali.edu.co:2421/10.2307/1341283>.
- Vial, I. (2016). Algunas reflexiones sobre la idoneidad de las normas regulatorias de los regímenes matrimoniales del Derecho Internacional Privado chileno. *Ius et Praxis* (07172877), 22(1), 165-185. Recuperado de <https://bdbib.javerianacali.edu.co:2421/10.4067/S0718-00122016000100006>.
- Mansilla y Mejía, M. E. (2010). Fraude a la ley: *fraus legis facta*. *Cultura Jurídica*

- I, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México [sa]. Recuperado de: <http://googl/49y9ruicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4069/9.pdf>.
- González, N., & Albornoz, M. (2016). Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución. *Anuario mexicano de derecho internacional*, 16, 159–187. <https://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S1870465417300053>.
- Pereznieto, L. (2018). El derecho internacional privado y los derechos humanos. *Revista de Derecho Privado*, 1(12). Recuperado de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/11929/13697>.
- Bladilo, A, Torre, N., & Herrera, M. (2017). Las técnicas de reproducción humana asistida desde los derechos humanos como perspectiva obligada de análisis. *Revista IUS*, 11(39) Recuperado en 27 de marzo de 2021, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-2147201700010000_2&lng=es&tlng=es.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), (2016). Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in Vitro”) vs Costa Rica.
- Velarde, M. (2016). Primer Informe Salud Sexual Salud Reproductiva y Derechos Humanos En Chile. Reproducción asistida Recuperado de <http://mileschile.cl/cms/wp-content/uploads/2019/01/Informe-DDSSRR-2016-Reproducci%C3%B3n-asistida.pdf>.
- Bagnarello, F. (2015). Fertilización in vitro: conceptualización. *Revista Parla-*
- mentaria* 21 (1), 205–247. Recuperado de <https://biblioteca.corteidh.or.cr/documento/69500>.
- Constitución Política de Colombia, año 1991. Recuperado de: http://www.secretariassenado.gov.co/senado/base-doc/constitucion_politica_1991.html
- Fondo Nacional de Recursos Uruguay (2018). *Tratamiento de la infertilidad humana mediante técnicas de reproducción asistida de alta complejidad*. Recuperado de http://www.fnr.gub.uy/sites/default/files/normativas/tecnicas/n_reproduccion_alta.pdf.
- Gosálbez, P., & Fernández, F. (2018). Dilemas bioéticos y jurídicos de la reproducción asistida en la sociedad actual en España. *Revista Latinoamericana de Bioética*, 18(34–1), 104–135. Recuperado de: <http://revistas.unimilitar.edu.co/index.php/rlbi/article/view/3160>.
- Caravaca, A., & Gonzáles, J. (2015). Gestación por sustitución y derecho internacional privado. Más allá del tribunal supremo y del tribunal europeo de derechos humanos. *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 7(2), 45–113. Recuperado de: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2780>.
- Araque, I. (2017). Reproducción humana asistida ¿maternidad legal o biológica? consideraciones en torno a problemas jurídicos contemporáneos surgido con ocasión a las nuevas técnicas de reproducción humana asistida. Universidad Central de Venezuela. Recuperado de: https://www.oas.org/es/sla/ddi/docs/curso_derecho_internacional_2017_materiales_lectura_Ingrid_Araque_Sayago_1.pdf.

- Berman, P. S. (2004). From international law to law and globalization. *Colum. J. Transnat'l L.*, 43, 485. Recuperado de: https://scholarship.law.gwu.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1078&context=faculty_publications.
- Kennedy, D. (2002). *Rompiendo moldes en el derecho internacional: cuando la renovación es petición*. Madrid, España: Editorial Dykinson.
- Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad*. México, DF: Marcial Pons.
- Burke-White, W. (2004). International Legal Pluralism Faculty Scholarship at Penn Law. 965– 977.
- Iannello, P. (2015). Capítulo 21: pluralismo jurídico. *Enciclopedia de Filosofía y teoría del derecho*, volumen uno; México, UNAM Instituto de Investi-
- gaciones Jurídicas. Recuperado de: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/24.pdf>.
- Jimenez, Á. (2016). Derecho global= Global law. *EUNOMÍA. Revista en Cultura de la Legalidad*, 11, 237–245. Recuperado de: <http://e-revistas.uc3m.es/index.php/EUNOM/article/view/3290>.
- Schif, P. (2013). *Global legal pluralism*. Cambridge University Press.
- Zumbansen, C. (September 26, 2011). *Defining the Space of Transnational Law: Legal Theory, Global Governance & Legal Pluralism* Osgoode CLPE Research Paper No. 21/2011, Recuperado de : <https://ssrn.com/abstract=1934044>.

Recibido: 24/04/2021
Aprobado: 31/10/2021

