

Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez

Perspectivas de derecho comparado

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Editora



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas



Doctora en derecho internacional privado por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España); investigadora titular "C" en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Participante en comisiones especiales y grupos de expertos, tanto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como del Servicio Social Internacional. Mediadora certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Asesora externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Miembro de la Asadip, miembro de número de la Amedip, miembro de la International Academy of Comparative Law y miembro de la AMC. Académica visitante en la Stanford Law School (Stanford University, California, USA), durante 2012-2016 y 2018. *Senior Weinstein Fellow*, de la Weinstein International Foundation, a partir de 2018. Entre sus galardones se encuentran: Premio Altamirano 2002, Premio Universidad Nacional a Jóvenes Investigadores en Investigación en Ciencias Sociales 2008 y Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz 2020.

Nuria

GONZÁLEZ MARTÍN

FILIACIÓN, GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN,
RESPONSABILIDAD PARENTAL E INTERÉS SUPERIOR
DE LA NIÑEZ. PERSPECTIVAS DE DERECHO
COMPARADO

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 914

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Jaime García Díaz
Cuidado de la edición y formación en computadora

Carlos Martín Aguilera Ortiz
Elaboración de portada

FILIACIÓN, GESTACIÓN
POR SUSTITUCIÓN,
RESPONSABILIDAD PARENTAL
E INTERÉS SUPERIOR
DE LA NIÑEZ.
PERSPECTIVAS DE DERECHO
COMPARADO

NURIA GONZÁLEZ MARTÍN

Editora



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
México, 2021

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

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

Primera edición: 6 de abril de 2021

DR © 2021. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

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

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-4369-4

CONTENIDO

Introducción	IX
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN	
CAPÍTULO PRIMERO	
La filiación y la gestación por sustitución en el trabajo de la Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado.	1
María Mercedes ALBORNOZ	
CAPÍTULO SEGUNDO	
Gestación subrogada. Estado de la cuestión en el estado de Tabasco.	27
Karla CANTORAL DOMÍNGUEZ	
CAPÍTULO TERCERO	
El régimen jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados en el artículo 160 del Código Civil español.	47
Helena DÍEZ GARCÍA	
CAPÍTULO CUARTO	
Debate en torno a la gestación subrogada en México	85
Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ	
Isabel FULDA GRAUE	

CAPÍTULO QUINTO

- Gestación por sustitución, adopción internacional y el interés superior del menor en el contexto mexicano: ¿caminos de encuentro o divergentes? 107
Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

CAPÍTULO SEXTO

- La constitucionalización del derecho de familia. Ponderación de principios a través de un estudio de caso 135
Gisela María PÉREZ FUENTES

CAPÍTULO SÉPTIMO

- La respuesta de los ordenamientos jurídicos, que prohíben la gestación por sustitución, a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. El caso español 175
Susana QUICIOS MOLINA

CAPÍTULO OCTAVO

- Una aproximación crítica al interés superior del niño. 209
Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO
- Síntesis curricular de las autoras 233

INTRODUCCIÓN

El libro que el lector tiene en sus manos es el resultado de una intensa colaboración entre colegas que comparten un mismo interés aterrizado en la problemática jurídica en la que se ve inmersa la niñez, y que se concretó a partir de un proyecto y la sinergia de voluntades. De esta manera, este fin se materializó cuando se perfiló una Jornada hispano-mexicana en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, para abocarse al desarrollo de algunos temas de punta en torno a la niñez y sus implicaciones filiales, en un mundo interconectado en donde los desarrollos tecnológicos, principalmente en el área de la reproducción humana, tienen una importancia toral. Esta meta se pudo realizar gracias al apoyo del Proyecto de Investigación DER2015-69261-R (Mineco-Feder) “La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores”, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad; Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad, de España; Convocatoria 2015, cuya IP es la profesora Susana Quicios Molina.

Al pergeñar este encuentro en forma de jornada, tan humano como necesario para el intercambio de pareceres e ideas, y convertirlo en un trabajo que pone al lector de nuevo en la tesitura de planteamientos complejos, visualizamos de nuevo poner sobre el panel que en temas como la filiación, la gestación por sustitución —y con ella la adopción—, la responsabilidad parental y el interés superior del menor no se buscan respuestas sencillas, porque no las hay, sino que se busca argumentar desde la diversidad de opiniones. Sirva esta última afirmación para expresar que la procedencia y las áreas diversas de las distintas colegas refleja que la terminología usada para referirnos a la infancia protagonista de estas reflexiones, difiere en la nomenclatura utilizada, pero no en la fuerza de protección desde las diferentes áreas o aristas planteadas, de esta manera, nos vemos con la confianza de clarificar, en este momento, que los términos menor/es o el de niña/s, niño/s y adolescente/s, se refieren, sin discriminación ni sentido peyorativo alguno, a las infancias que rondan por nuestras sociedades y que son objeto de estudio en este libro; como punto de unión, fortaleza y convicción de su protección integral incondicional.

Con esta antesala, bajo dicho tenor y por orden alfabético (de acuerdo con los apellidos de las autoras) tenemos que, en el primer capítulo, la profesora María Mercedes Albornoz se refiere a la filiación y la gestación por sustitución en el trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado. Desde la introducción se explica la importancia del tema, en el contexto actual, ante la diversidad de estructuras familiares, migraciones y técnicas de reproducción humana asistida. En ese sentido, la mayor parte del texto examina el trabajo de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado en esta materia; en primer lugar, la fase preliminar del Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución, y posteriormente, el desarrollo y conclusiones de cada una de las seis reuniones que el grupo de expertos ha realizado hasta la fecha. El valor añadido de esta contribución radica en que la autora ha tratado, en la medida de lo posible, no limitarse a reportar todo lo sucedido en dichas reuniones, sino que ha impreso su propio sello al seleccionar a qué darle prioridad e incluir su criterio con sus constantes comentarios personales. En el apartado de observaciones es donde se vislumbra, de manera prácticamente exclusiva, su propia visión sobre la materia, pues aporta valoraciones y retos a superar.

En el segundo capítulo, la profesora Karla Cantoral Domínguez se refiere al desarrollo de la gestación por sustitución, o subrogada, en el estado de Tabasco, y para esto realiza un análisis sobre los efectos jurídicos, culturales, políticos y sociales que ha tenido desde 1997 dicho tipo de gestación en Tabasco, con el fin de determinar, desde su perspectiva, un modelo de protección que pueda garantizar los derechos de las personas que intervienen en el desarrollo de este procedimiento médico, acorde con el contexto internacional, en el que se privilegie el interés superior del menor y la protección de los derechos de todas las personas que intervienen en el mismo. En su trabajo, en un primer momento, se describe el origen de la gestación por sustitución en el estado de Tabasco, así como su fundamento legal vigente, para después presentar un estudio cualitativo a partir de una entrevista realizada a una mujer que participó como gestante; posteriormente, se analizan dos casos judiciales ocurridos en el sureste de México con motivo de la utilización de esta técnica, para finalmente presentar la situación en la que se encuentra Tabasco a partir de la celebración de contratos de gestación por sustitución. La autora concluye que el uso de las técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación por sustitución, debe resolverse a través de un acto jurídico normativo y no mediante un contrato, por tanto, su legislación debe homologarse en todo el territorio mexicano, para evitar casos trágicos como los ocurridos en Tabasco, al contar con una regulación

sobre la materia que es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas.

El tercer capítulo corresponde a la profesora española y civilista Helena Díez García, en donde se expone el régimen jurídico del derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados bajo el artículo 160 del Código Civil español. Desde la reforma de dicho Código en 2015, el derecho de visita o de relación es reconocido como un derecho del menor que se conecta con su derecho al libre desarrollo de su personalidad. A tal fin, y así lo expone la autora, se considera oportuno admitir el contacto del menor con las personas con las que hubiera mantenido vínculos personales estrechos, más allá de los derivados del mero parentesco. De una manera lógica y correlativa, también se reconoce la legitimación para hacerlo efectivo a las personas que han protagonizado o protagonizan esa corriente de afecto. Estos derechos participan de la naturaleza de los derechos-función, subordinados en su ejercicio al interés del menor. La autora concluye que el Estado debe adoptar las medidas pertinentes y adecuadas para preservar esas relaciones, incluso en los casos en los que los progenitores estén privados de libertad; no obstante, el interés del menor puede también aconsejar ampliar, suspender, restringir o suprimir esas relaciones. Cualquier decisión que se adopte habrá de fundarse en ese interés, evaluando su necesidad y proporcionalidad.

La participación escrita, de Verónica Esparza Pérez e Isabel Fulda Graue, gira en torno al debate de la gestación por sustitución contextualizada en México, pero con una perspectiva diferente a la planteada en el segundo capítulo. En esta colaboración se incluye información relevante para continuar un debate, tan necesario como urgente, en donde se señala cuáles son los temas que generan más controversia, y en cada uno se fija la perspectiva del Grupo de Información en Reproducción Elegida: primero, la discusión sobre si la gestación subrogada debe ser regulada o prohibida en general; segundo, el asunto de la remuneración económica para la mujer gestante; tercero, la definición de quienes deben tener acceso a celebrar este tipo de acuerdos. Igualmente, se proporciona información sobre el marco regulatorio de la gestación por sustitución en México, y de manera concreta en el estado de Tabasco, exponiendo algunos de los casos en los que el Grupo de Información en Reproducción Elegida ha documentado violaciones a derechos humanos, tales como ausencia de contratos, abusos por parte de clínicas y agencias, negación de documentos de identidad a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, criminalización de las mujeres gestantes, entre otras. Algunos de estos patrones existían bajo el marco jurídico

mínimo que establecía, desde 1997, el Código Civil del Estado de Tabasco; otros surgieron o se reforzaron como consecuencia de la reforma a dicho código en enero de 2016. En definitiva, en esta participación se evidencia la complejidad del tema, además de la polarización de opiniones, pero la consideración primordial deriva hacia el compromiso del Estado por encontrar regulaciones domésticas e internacionales que garanticen que los acuerdos de gestación por sustitución puedan ejercerse en las mejores condiciones posibles para todas las partes.

La contribución de quien suscribe estas líneas y funge como editora de la obra, Nuria González Martín, plantea un punto de partida ante una sociedad cambiante en donde las estructuras familiares y la protección de la minoridad cobran una perspectiva diferente a épocas pasadas. Cuando una pareja decide ampliar la familia y hay un impedimento natural o médico para gestar, las únicas dos vías por las que pueden optar es la gestación por sustitución y la adopción. Cuando esa pareja visualiza o enfrenta otro impedimento, en esta ocasión administrativo, traducido por ejemplo en ineficiencia o anomia, y buscan a los hijos fuera de sus fronteras nacionales, la figura jurídica se transforma en una gestación por sustitución transfronteriza o una adopción internacional. Desde el derecho internacional privado y desde la protección internacional debida a los menores que se encuentran inmersos en estas prácticas o supuestos, hay un mandato indubitado e imperioso, el cual se traduce en la búsqueda primigenia de su interés superior.

Sin lugar a dudas, ambas figuras (la gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional) transitan por rutas diferentes, pero al mismo tiempo conectadas ante soluciones de mucha actualidad, en donde, ante la desprotección del hijo/a concebido/a por medio de un acuerdo de gestación subrogada, se opta por la inscripción del mismo como adopción. No perdamos de vista que, igualmente, bajo el manto protector de una figura lícita como es la adopción o la adopción internacional se puede encubrir un hecho ilícito como es el tráfico de menores, al tornarse en un negocio lucrativo. Pareciera que los cambios que divergen en un principio, convergen en algún punto bajo el multimencionado interés superior del menor. Se da alguna pincelada en torno a la jurisprudencia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana ha ido perfilando en los últimos tiempos.

La intervención de la profesora Gisela María Pérez Fuentes, también en un contexto mexicano, es en torno al derecho de familia y su constitucionalización, el cual ha tenido un desarrollo sociojurídico distinto a los demás países de Latinoamérica y países europeos de los cuales se conformó el sistema jurídico mexicano. Por todo esto, en un momento del desarrollo

doctrinal del derecho de familia, se trataba de justificar si ésta pertenecía al derecho público; no obstante, tales etapas han sido superadas por el desarrollo y rescate de la dignidad de la persona y todos los derechos fundamentales que protegen a la niñez y a las personas más débiles. De igual forma, y así lo expresa la autora, la superación del positivismo jurídico y de la patrimonialización de la persona ha permitido dar paso a la ponderación de derechos fundamentales en los que destaca el interés superior de la infancia, y a partir de este derecho, la dignidad de la niñez en función del desarrollo de la personalidad de los mismos.

Dicho capítulo, además de ser un estudio de historia crítica y sociología jurídica, aplica el método de estudio de casos para comprobar que es necesaria la conformación de nuevas figuras jurídicas, inimaginables en el derecho romano, a partir de nuevas pero reales situaciones familiares y sociales, y en esta ocasión, deteniéndose en el estudio de la filiación jurídica a partir de las nuevas técnicas de reproducción asistida; la autora concluye que dichas situaciones no pueden solucionarse con la figura jurídica del contrato, propia de otros sistemas jurídicos. La profesora se propone con este trabajo no sólo realizar una aportación jurídica, sino impulsar a los juristas a comprender el reto al que nos enfrentamos, porque no puede existir solución de nuevas realidades sociales y científicas con las desactualizadas instituciones romanas, especialmente en el tema de derecho de familia.

Susana Quicios Molina, por su parte, analiza el contexto español y la respuesta de los ordenamientos jurídicos que prohíben la gestación por sustitución a las demandas de inscripción de los hijos de nacionales nacidos en el extranjero. En el capítulo se analizan, críticamente, los hitos más importantes hasta ahora ocurridos en relación con la aceptación en España de la gestación por sustitución, o más correctamente de la aceptación de la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación por sustitución. El punto de partida es la regulación establecida por el artículo 10 de la Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, completado por el resto de normas sobre determinación extrajudicial y judicial de la filiación que prevé el ordenamiento español. Atención especial debe prestarse a la doctrina de los distintos tribunales y órganos gubernativos que se han pronunciado sobre la determinación de la filiación de los nacidos en el extranjero como consecuencia de contratos de gestación subrogada celebrados por nacionales españoles (Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Tribunal Supremo, Dirección General de los Registros y del Notariado, Audiencias Provinciales).

Finalizamos con nuestra *ius internacional publicista*, Soledad Torrecuadrada García Lozano, en donde de manera magistral nos muestra una crítica al tema estrella que nos congrega en este volumen, es decir, el interés superior del menor, el cual se caracteriza por tener una múltiple naturaleza, al ser un principio, un derecho y a su vez el mismo fundamento de la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño de 1989. Aún con lo apuntado, la autora expresa que no por esto deja de suscitar problemas difícilmente resolubles desde una perspectiva jurídica, el mismo hecho de su relatividad y la concreción de lo que es el mejor interés aplicable al caso concreto, ya que puede intentar cruzar la fina línea que separa la discrecionalidad de la subjetividad. Para evitar el error en la determinación del interés superior del niño hay que tener en cuenta unos criterios elementales que se indican a lo largo de las primeras páginas de este trabajo. En la segunda parte del mismo, se enfoca en responder a la cuestión acerca de si el interés superior del niño tiene un alcance absoluto, y de no ser así, cuáles podrían ser sus límites, y entre ellos pueden identificarse: el orden público (internacional y nacional), la razonabilidad o la propia Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño.

Ante el panorama y contenido esbozado en los ocho capítulos que forman parte de este libro, nuestras autoras —en donde pareciera que el género sigue ligado a quienes priman en estos estudios filiales/familiares— exponen la diversidad de opiniones, algunas de ellas opuestas, en torno al tema concreto de la gestación por sustitución y su formalización como contrato; principalmente, todas son perspectivas realmente bien argumentadas y provistas, desde distintas ópticas del conocimiento o ramas jurídicas, y que dan pauta a una reflexión digna de un debate de la más alta calidad.

Todos los capítulos provienen de quienes formaron parte de la mencionada Jornada hispano-mexicana que tuvo lugar en la Ciudad de México el 25 de abril de 2019; un encuentro, por demás nutrido, que no debía quedar sólo en un evento académico sino en un producto útil para un público interesado en la materia. La presentación y moderación del doctor Ricardo Méndez-Silva dejó para el recuerdo, su atinado proceder así como su fino, delicado y atinado sentido del humor. A la licenciada Mariana Ávalos nuestro agradecimiento por su apoyo en la uniformidad de algunos criterios editoriales que ameritaban el cuidado debido. Por último, pero no menos importante, nuestro agradecimiento al director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, doctor Pedro Salazar Ugarte, quien de manera incondicional y generosa nos permite trabajar de manera libre en el mejor ambiente que un académico pueda desear; a todo su equipo igualmente nuestra gratitud.

INTRODUCCIÓN

XV

Sin más preámbulo, con este libro, el lector tiene delante un buen número de pautas para forjar una posición propia, y para que pueda formularse, incluso, una opinión técnica sobre temas de relevancia jurídica nacional e internacional.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

CAPÍTULO PRIMERO

LA FILIACIÓN Y LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN EL TRABAJO DE LA CONFERENCIA DE LA HAYA DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

María Mercedes ALBORNOZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La fase preliminar del Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución*. III. *El trabajo del Grupo de Expertos en Filiación y Gestación por Sustitución*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

En el transcurso de las últimas décadas, impulsada por la evolución de la sociedad hacia un mayor respeto a la diversidad y reconocimiento de derechos, así como por los avances de la ciencia en el área reproductiva, se ha venido produciendo, de manera gradual, una serie de cambios en las estructuras familiares.¹ Por esta razón, la noción tradicional y restringida de familia —matrimonio entre un hombre y una mujer, más los hijos en común, genéticamente vinculados con ambos y dados a luz por ella— ya no es suficiente para comprender la realidad en la que actualmente nos encontramos inmersos. De manera que hoy se habla de familias y de diferentes estructuras familiares, en plural. Así, por ejemplo, hay familias monoparentales, familias ensambladas, familias que no giran en torno a una unión matrimonial, otras

¹ Nuria González Martín observa que las “nuevas estructuras familiares”, en realidad, “no son tan nuevas, es decir, no son de nueva generación pero sí de una gran proliferación, y no son tan familiares en el sentido de su apego al concepto tradicional de familia”. Véase “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, José *et al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 61 y 62, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.

que se originan como consecuencia de una unión —matrimonial, o no— entre personas del mismo sexo. Además, las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante, TRHA)² han puesto al alcance de personas adultas, con imposibilidad de o con dificultades para reproducirse naturalmente, procedimientos médicos que contribuyen a incrementar las probabilidades de lograr una reproducción exitosa, con la utilización de los gametos de la pareja, o de donantes de óvulos y/o de esperma.

A todo este panorama se suma una dimensión internacional cada vez más presente, potenciada por la globalización y el consecuente aumento de la migración.³ Los desplazamientos de personas y familias, a través de las fronteras, son facilitados por un mayor acceso a medios de transporte o por cierta proximidad geográfica, y en muchas ocasiones derivan de la necesidad de preservar la vida, pues huyen de crisis económicas, políticas o humanitarias en sus países de origen.

Entre los sujetos que son parte de los flujos migratorios transfronterizos, los niños⁴ merecen especial protección. El presente capítulo se concentrará en la problemática jurídica relacionada con el estatus de los niños que se desplazan de un país a otro, y que, como consecuencia de las diferencias de contenido entre los derechos de los Estados de origen y de recepción, enfrentan dificultades para que su filiación, establecida en un Estado, sea reconocida en el otro. Este tipo de situaciones genera incertidumbre y vulnera los derechos del niño a la identidad y a tener una vida familiar, pudiendo extenderse también a la afectación de los derechos a conocer sus orígenes y a contar con una nacionalidad, todo lo cual —en conjunto, e inclusive individualmente— vulnera el interés superior del niño. Por lo tanto, consideramos que resulta imperioso tender puentes entre sistemas jurídicos,

² Como lo señala Estefanía Vela Barba, es un concepto erigido desde el ámbito de la medicina, mientras que en la literatura feminista es más común referirse a “nuevas tecnologías reproductivas”. Véase “Nuevas tecnologías reproductivas”, en Moreno, Hortensia y Alcántara, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, Ciudad de México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM-Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 2, pp. 197 y 198, disponible en <http://estefaniavelabarba.com/wp-content/uploads/2018/03/nuevas-tecnologias-reproductivas-conceptos-clave-2.pdf>.

³ De esta manera, se aprecia que tiene implicaciones en materia familiar “el trasiego transfronterizo, no sólo en los aspectos comerciales y/o económicos sino en los aspectos personales, que han propiciado reformas de trascendencia que requieren una redimensión, o mejor dicho, una neodimensión o reconceptualización en la aplicación del derecho cuando nos situamos ante una familia multicultural y multidiversa”. González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante...”, cit. *supra* nota 1, pp. 69 y 70.

⁴ Aclaremos que las alusiones hechas en el presente capítulo a los “niños” no excluyen en modo alguno a las “niñas”. Se trata de personas que no han alcanzado aún la mayoría de edad.

atendiendo al principio del *favor filiationis*,⁵ a fin de propiciar la estabilidad y la consiguiente continuidad de los vínculos de filiación más allá de las fronteras.

La disciplina jurídica que constantemente opera con la diversidad entre sistemas jurídicos es el derecho internacional privado (en adelante, Dipr). Aunque la construcción de puentes entre sistemas puede emprenderse desde las normas de fuente interna, entendemos que lo más apropiado en términos de eficacia es abordarlo desde el plano internacional. En este sentido, el foro de codificación internacional ideal para el análisis del tema y la propuesta de una eventual regulación internacional es la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (en adelante, HCCH), cuyo objeto consiste, precisamente, en “trabajar en la unificación progresiva de las normas de Derecho internacional privado”.⁶

El Dipr familiar y de la protección de la infancia, comprendiendo la adopción internacional, ha sido uno de los ejes de la labor de la HCCH, plasmada en un conjunto de convenciones internacionales sobre esta materia.⁷ No obstante, la filiación en general —con excepción de la filiación adoptiva como un supuesto especial— no había sido tratada en este foro hasta hace relativamente poco tiempo. En efecto, recién en 2001 se la propuso como futuro tema de trabajo.⁸ Sin embargo, el interés por esta materia

⁵ Coincidimos con Nieve Rubaja, quien afirma que la esencia del principio del *favor filiationis* “se nutre de los derechos fundamentales del niño, incluido el derecho a la estabilidad del vínculo”. *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 334.

⁶ Estatuto de la HCCH, artículo 1. El estatuto fue adoptado el 30 de octubre de 1951. Su texto completo se puede consultar en <https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>.

⁷ Los instrumentos vinculantes de la HCCH relativos a la protección de los niños son los siguientes: Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=24>; Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>; Convenio de 19 de octubre de 1996 Relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=70>; Convenio de 23 de noviembre de 2007 sobre Cobro Internacional de Alimentos para los Niños y otros Miembros de la Familia, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=131> y el Protocolo de 23 de noviembre de 2007 sobre la Ley Aplicable a las Obligaciones Alimenticias, disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=133>.

⁸ HCCH, *Observations concerning the Strategy of the Hague Conference – Observations Made by Other International Organizations and Observations Made in a Personal Capacity in Responded to the Secretary General’s Letter of 30/31 July 2001, Preliminary Document No. 20 for the Attention of*

resurgió recién en 2010, cuando el Consejo de Asuntos Generales y Política de la HCCH (en adelante, el Consejo) le solicitó a la Oficina Permanente (en adelante, OP) que estudiara las cuestiones de Dipr en torno al estatus de los niños, excluyendo la adopción e incluyendo el reconocimiento de la filiación.⁹ Asimismo, en esa ocasión se reconoció la complejidad de los problemas de Dipr y de protección de los niños surgidos del incremento de casos de gestación por sustitución (en adelante, GS).¹⁰ Con ese mandato del Consejo de 2010, vio la luz el Proyecto de Filiación y Gestación por Sustitución —denominado *Parentage / Surrogacy Project*, en inglés— de la HCCH (en adelante, el Proyecto).¹¹

En el presente capítulo examinamos los aspectos centrales del trabajo que este organismo internacional ha venido realizando en materia de filiación y de GS. Para ordenar la exposición elegimos seguir un orden cronológico, a fin de que se pueda apreciar la evolución gradualmente experimentada por el Proyecto desde sus inicios y hasta el momento actual. Por eso comenzamos destacando ciertos aspectos de la fase preliminar del Proyecto y luego hacemos lo propio con respecto al trabajo del Grupo de Expertos en Filiación y Gestación por Sustitución (en adelante, el Grupo). Posteriormente, culminamos con algunas observaciones finales referidas a la valoración del trabajo efectuado y los retos a futuro.

II. LA FASE PRELIMINAR DEL PROYECTO DE FILIACIÓN Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

En 2010, apenas tres meses después de la sesión del Consejo en la cual — como se acaba de ver más arriba — se revitalizó el interés por la problemática de Dipr en materia de filiación y se reconoció explícitamente el carácter complejo de la gestación por sustitución transfronteriza (en adelante, GST),¹² se llevó a cabo la reunión de la Comisión Especial sobre la aplicación práctica del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del

the Nineteenth Session, extracto disponible en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>.

⁹ HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 7 al 9 de abril de 2010, p. 3, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

¹⁰ *Idem*.

¹¹ Sección del sitio web de la HCCH dedicada al Proyecto, disponible en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

¹² Véase *supra* nota 8.

niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.¹³ Esta comisión constató el rápido aumento de los acuerdos de GS en el ámbito internacional, manifestó preocupación por la incertidumbre acerca de la situación de los niños nacidos en este contexto y consideró como no adecuado utilizar el convenio de 1993 para dichos casos.¹⁴ En consecuencia, le recomendó a la HCCH desarrollar estudios sobre los aspectos jurídicos —sobre todo, en materia de Dipr— relacionados con la GS.¹⁵

Fue a raíz de dicha recomendación que en los siguientes años la OP preparó varios estudios de derecho comparado acerca de la filiación y la GS en situaciones internacionales. El primero de ellos, de 2011, identificó las preocupaciones de Dipr en torno al estado civil de los niños —principalmente, en cuanto al establecimiento y la impugnación de su filiación—, abarcando las relacionadas con acuerdos de GS y con el empleo de TRHA en otros casos.¹⁶ El segundo estudio, que vio la luz un año después, se concentró en la problemática surgida de los acuerdos transfronterizos de GS, y presentó un amplio abanico de actitudes que diferentes Estados asumen ante el fenómeno de la GS y de los enfoques metodológicos de Dipr que adoptan cuando esta figura trasciende las fronteras estatales.¹⁷ Asimismo, expuso algunas ideas preliminares sobre posibles perspectivas o enfoques para abordar el tema si se lo regulara multilateralmente en el plano internacional.¹⁸

En 2013, la OP diseñó cuatro cuestionarios sobre aspectos de Dipr relacionados con el estado civil de los niños, incluyendo los derivados de acuerdos transfronterizos de GS, destinados a los Estados miembros de la HCCH

¹³ Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, *Conclusiones y Recomendaciones Aprobadas por la Comisión Especial*, 17-25 de junio de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32fc8bfb42d.pdf>.

¹⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 25. Nota: la versión original del documento fue redactada en inglés; pero, aunque en la versión traducida al español se habla de “maternidad subrogada”, dado que consideramos que lo correcto habría sido, en nuestro idioma, utilizar la denominación *gestación por sustitución* o, en su defecto, *gestación subrogada*, nos referimos a esta figura como *gestación por sustitución*.

¹⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 26.

¹⁶ HCCH, *Private international law issues surrounding the status of children, including issues arising from international surrogacy arrangements*, Doc. Prel. No. 11, marzo de 2011, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.

¹⁷ HCCH, *A Preliminary Report on the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 10, marzo de 2012, sección III, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d4ff3ecd-f747-46da-86c3-61074e9b17fe.pdf>.

¹⁸ *Ibidem*, sección IV.

y a otros Estados interesados en el tema, a abogados litigantes, a profesionales de la salud y a agencias de intermediación en materia de GS, respectivamente.¹⁹ Muchos de los destinatarios enviaron sus respuestas: las respuestas recibidas de parte de los Estados fueron cuarenta y ocho.²⁰

Utilizando como insumo principal todo ese rico material, la OP de la HCCH produjo en 2014 dos nuevos documentos. En el primero se respondió afirmativamente la pregunta de si era deseable continuar desarrollando el Proyecto, advirtiéndose que era necesario trabajar en el plano internacional acerca de la filiación en general, y también, con carácter urgente, abordar el tema en el contexto de la GS.²¹ No obstante, con respecto a la factibilidad o viabilidad de un eventual instrumento internacional —más allá de la técnica de codificación rígida o blanda a emplear— por el momento fue imposible llegar a una respuesta precisa, dados los inconvenientes planteados por la noción de orden público internacional y la dificultad de hallar criterios mínimos comunes en materia de filiación.²² Por eso se sugirió la conformación del Grupo, con la intención de facilitar la exploración de la viabilidad de avanzar rumbo a un instrumento multilateral vinculante o, quizás, la adopción de medidas no vinculantes.²³ El segundo documento consistió en un exhaustivo estudio de derecho comparado sobre filiación y cuestiones derivadas de los acuerdos de GST, estudiando la temática desde la perspectiva del derecho interno, para luego analizarla desde la lente del *Dipr*, manteniendo siempre una mirada comparatista.²⁴

Finalmente, en su reunión de marzo de 2015, el Consejo decidió crear el Grupo, para explorar la viabilidad de continuar el trabajo en materia de filiación y GS.²⁵

¹⁹ Disponibles para su descarga a partir del sitio de Internet del Proyecto: cit. *supra* nota 11.

²⁰ *Idem*. Entre ellas se encuentra la de México.

²¹ HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Doc. Prel. No. 3B, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.

²² *Idem*, especialmente, párrafos núm. 69 y ss.

²³ *Idem*.

²⁴ HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 3C, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90efd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.

²⁵ HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 24-26 de marzo de 2015, párrafo núm. 5, disponible en https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf.

III. EL TRABAJO DEL GRUPO DE EXPERTOS EN FILIACIÓN Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Desde la creación del Grupo por decisión del Consejo, adoptada en 2015,²⁶ comenzó una nueva fase del Proyecto, objeto de la presente sección del capítulo. Ésta se divide en siete apartados, el primero de los cuales se refiere al Grupo, su objetivo, mandato y composición. Los apartados subsiguientes corresponden a cada una de las seis reuniones celebradas hasta el momento.

1. *El Grupo: objetivo, mandato y composición*

El Consejo, órgano máximo de la HCCH integrado por representantes de todos los Estados miembros de esta organización internacional, determinó el mandato del nuevo Grupo. Es preciso subrayar que un cuerpo colegiado de esta naturaleza está facultado únicamente para actuar dentro del mandato que le es conferido por el órgano competente. De ahí se deriva la importancia de no perder de vista el objetivo de la constitución del Grupo y los términos de su mandato.

El *objetivo* del Grupo consiste en explorar la factibilidad de avanzar con el trabajo en el área cubierta por el Proyecto, es decir, filiación y GS.²⁷ Asimismo, el Consejo estableció que el Grupo “debería considerar primero las normas de Derecho internacional privado relativas al estatus jurídico de los niños en situaciones transfronterizas, incluyendo a los niños nacidos a raíz de acuerdos internacionales de subrogación”.²⁸ Esta traducción prácticamente literal del texto original en inglés, que estableció el *mandato* del Grupo, nos permite hacer algunas inferencias:

- i) El referido mandato se enfoca a cuestiones de Dipr;
- ii) Por lo tanto, se concentra en situaciones transfronterizas, que presentan vínculos o puntos de contacto con dos Estados, como mínimo;
- iii) Tales situaciones deben referirse al estado civil de los niños, lo que, en otros términos, alude a su filiación jurídica con respecto a una o varias personas adultas;
- iv) Entre los casos internacionales de filiación quedan comprendidos los que surgen como consecuencia de acuerdos transfronterizos de GS.

²⁶ *Idem.*

²⁷ *Idem.*

²⁸ *Idem.*

También es relevante señalar que el Grupo está compuesto por expertos de poco más de una veintena de países, con perfiles diversos. Además de juristas que provienen del ámbito académico, muchos de ellos especializados en Dipr y/o en derecho de las familias, también integran el grupo abogados que litigan en dichas materias, así como funcionarios estatales que lidian con casos internacionales de filiación y de GS en el desarrollo de sus actividades cotidianas. Igualmente, participan en carácter de observadores algunos miembros de organizaciones internacionales gubernamentales —Consejo de Europa y Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia—, no gubernamentales —Servicio Social Internacional— y profesionales —International Academy of Family Lawyers— involucradas o interesadas en el tema.

Los miembros del Grupo provienen de países de tradiciones jurídicas diferentes y en su seno están representados los cinco continentes.²⁹ Esta diversidad contribuye a enriquecer las discusiones y a “mantener los pies en la tierra”, al permitir recordar que si se creara algún nuevo instrumento jurídico, éste debería servir para facilitar la vida de las familias, coadyuvar al respeto de los derechos de las personas y, especialmente, para garantizar el interés superior del niño.

2. Primera reunión

La primera reunión del Grupo, como las siguientes, fue en la sede de la HCCH, en la ciudad de La Haya, en los Países Bajos. La que marcó el punto de partida de las actividades se celebró del 15 al 18 de febrero de 2016.

Dada la amplitud y el alto grado de complejidad de la temática congregante, se optó por comenzar con la discusión de una serie de casos prácticos de filiación propuestos en el documento preparatorio de la reunión, cuidadosamente elaborado por la OP, para tres escenarios diferentes: el contexto tradicional, un contexto en el cual se recurre a las TRHA y aquél en el que existe un acuerdo transfronterizo de GS.³⁰ El ejercicio permitió poner sobre la mesa la ausencia de convenciones de La Haya aplicables y la diversidad de modos de solucionar tales casos, según desde qué sistema jurídico se los abordara. Por consiguiente, el Grupo reconoció la necesidad de contar con soluciones comunes.³¹

²⁹ Nótese que, aunque África está presente, sólo participa una experta de Sudáfrica.

³⁰ HCCH, *Background Note for the Meeting of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project*, enero de 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8767f910-ae25-4564-a67c-7f2a002fb5c0.pdf>.

³¹ HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Doc. Prel. No. 3, febrero de 2016, párrafo núm. 4, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.

Posteriormente, se procedió a efectuar un análisis de Difr comparado en materia de filiación, incluyendo los supuestos en los cuales se recurre a las TRHA y a la GS. En el estudio efectuado oral y colectivamente durante las sesiones, los referidos temas fueron desmenuzados en términos de jurisdicción, derecho aplicable y reconocimiento, desde la perspectiva de cada uno de los ordenamientos jurídicos allí representados.³² También fueron considerados los potenciales beneficios de la cooperación internacional entre autoridades.³³

Al acabar la reunión no fue posible llegar a conclusiones definitivas acerca de la viabilidad de un posible producto final, ni del tipo ni del ámbito de aplicación de un eventual producto.³⁴ Esto se debió, por un lado, a la complejidad del tema y, por el otro, a la gran diversidad de perspectivas sobre el tema. No obstante, el Grupo consideró que se debía continuar trabajando y que, por el momento, los esfuerzos para determinar la factibilidad de un nuevo instrumento deberían concentrarse principalmente en el reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero.³⁵ Es preciso resaltar la relevancia de esta decisión dado que, como se verá en los apartados siguientes, se trata de la vía en la que más se ha progresado hasta ahora, sin perjuicio de que aún no han sido descartados otros posibles enfoques metodológicos.

Las *conclusiones y recomendaciones* emitidas en cada reunión del Grupo deben ser sometidas a la siguiente sesión del Consejo. Es dicho órgano el facultado para tomar decisiones relativas a la continuación —o no— de las actividades del Grupo, la convocatoria a nuevas reuniones y los temas concretos a tratar en ellas. Generalmente, el Consejo sigue las recomendaciones que recibe por parte del Grupo.

3. Segunda reunión

Los temas tratados en la segunda reunión del Grupo —del 31 de enero al 3 de febrero de 2017— pueden agruparse en *dos ejes*: filiación en general y filiación en casos de GST y TRHA.

Con respecto al *primer eje*, para discutir sobre la factibilidad de avanzar rumbo a un nuevo instrumento jurídico en materia de reconocimiento de la filiación, fue necesario distinguir los casos en los que existen decisiones judiciales, de los casos donde no las hay y sólo se cuenta con algún otro tipo

³² *Ibidem*, párrafos núms. 6 y ss.

³³ *Ibidem*, párrafo núm. 14.

³⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 16.

³⁵ *Idem*.

de documento público. Hubo acuerdo entre la mayoría de los miembros del Grupo en cuanto a la viabilidad de trabajar en un instrumento multilateral de carácter vinculante para el reconocimiento de pleno derecho de decisiones judiciales extranjeras sobre filiación.³⁶ En este sentido, se decidió que sería necesario determinar una serie de criterios de jurisdicción indirecta, cuya enunciación específica requiere más reflexión.³⁷ Por lo tanto, el Grupo acordó que, en principio, sería factible desarrollar un instrumento vinculante sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación, y que se necesita más estudio y discusión sobre cómo podría operar.³⁸

Para los casos en los que existe un documento público diferente de una decisión judicial que determina la filiación —piénsese, por ejemplo, en una partida o acta de nacimiento—, el Grupo reconoció encontrarse ante un desafío, derivado de la diversidad de tales documentos y de sus efectos jurídicos.³⁹ Tomando en cuenta que, en algunos Estados, un acta de nacimiento sirve para probar el hecho del nacimiento mas no el vínculo jurídico de filiación entre el niño y una o más personas adultas, algunos expertos propusieron la creación de un certificado internacional de filiación o, cuando menos, de un sello que, una vez estampado en el acta, indicara —salvo prueba en contrario— la existencia de una relación jurídica de filiación.⁴⁰ Evidentemente, la cuestión del reconocimiento de la filiación plasmada en documentos públicos extranjeros que no son sentencias precisa ser atendida, pues corresponde al amplio universo de casos que nunca llegan a judicializarse. Sin embargo, dado el carácter intrincado del tema, el Grupo estuvo de acuerdo en que es necesario continuar discutiéndolo en el futuro.⁴¹

En cuanto al *segundo eje*, el de la filiación en supuestos de GST y TRHA, el Grupo advirtió la naturaleza compleja de este tema, así como el hecho de que éste evoluciona constantemente, por lo que se requiere contar con soluciones prácticas para asegurar la continuidad de la filiación más allá de las fronteras estatales.⁴² Hubo un amplio apoyo para que se explore si sería adecuado aplicar las futuras normas de Dipr sobre filiación en general a la

³⁶ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 31 January – 3 February 2017)*, Prel. Doc. No. 2, febrero de 2017, párrafo núm. 6, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8b00d3a1-6c2d-4b8b-b3d9-7db43f9bb025.pdf>.

³⁷ *Ibidem*, párrafo núm. 7.

³⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 39, a).

³⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 15.

⁴⁰ *Ibidem*, párrafo núm. 17.

⁴¹ *Ibidem*, párrafo núm. 39, b).

⁴² *Ibidem*, párrafo núm. 24.

filiación en supuestos de GS y TRHA.⁴³ Por lo pronto, en esta segunda reunión no fue posible adoptar conclusiones definitivas acerca de este punto, ni acerca de la eventual necesidad de establecer normas o salvaguardas adicionales para casos de GST y de TRHA.⁴⁴

4. Tercera reunión

Del 6 al 9 de febrero de 2018, se celebró la tercera reunión del Grupo, en la cual se trabajó sobre tres temas: el posible contenido de un instrumento internacional sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación en general, filiación y documentos públicos, y filiación en el contexto de GST y TRHA.

De la discusión sobre el *contenido de un futuro instrumento sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación* destacaremos dos aspectos que estimamos particularmente relevantes. En primer lugar, que su objetivo debería ser el de proveer certeza y continuidad a la filiación, considerando los derechos fundamentales de las personas involucradas y, particularmente, el interés superior del niño.⁴⁵ En segundo lugar, que el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras sobre filiación debería producirse de pleno derecho, en tanto sean satisfechos ciertos criterios de jurisdicción indirecta o filtros jurisdiccionales en el Estado donde la decisión haya sido dictada,⁴⁶ y no pueda invocarse ninguna causal de denegación.⁴⁷ Consecuentemente, se decidió que en la siguiente reunión se trabajara en refinar el contenido de las posibles normas de reconocimiento de decisiones judiciales.⁴⁸

Acerca del tema *filiación y documentos públicos*, el Grupo observó que la filiación se suele establecer de pleno derecho —*ex lege*— y que, en la mayoría de los Estados, las actas de nacimiento sólo tienen valor probatorio.⁴⁹ Por consiguiente, para saber si se podría reconocer la filiación en ausencia de decisión judicial, se requeriría más reflexión.⁵⁰ A idéntica conclusión se llegó

⁴³ *Ibidem*, párrafo núm. 27.

⁴⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 39, c).

⁴⁵ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018)*, Prel. Doc. No. 2, febrero de 2018, párrafo núm. 5, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf>.

⁴⁶ *Ibidem*, párrafo núm. 18.

⁴⁷ *Ibidem*, párrafo núm. 23.

⁴⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 52, a), tercer ítem.

⁴⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 34.

⁵⁰ *Idem*.

con respecto a las distintas perspectivas metodológicas discutidas durante la reunión —derecho aplicable, aceptación de actas de nacimiento extranjeras como presunciones *juris tantum* de relaciones de filiación, reconocimiento de pleno derecho—. ⁵¹

Finalmente, en cuanto a la *filiación en el contexto de la GST y las TRHA*, una amplia mayoría de expertos insistió en la importancia de que los acuerdos internacionales de GS sean abordados en un instrumento jurídico multilateral, pues es justamente en esos casos donde surgen muchos de los problemas de Dipr de filiación en la actualidad. ⁵² Se reconoció la relevancia del orden público —incluyendo, por ejemplo, preocupaciones relativas a la filiación claudicante y al potencial de explotación— y del interés superior del niño, que requerirán más discusión. ⁵³ Durante esta tercera reunión no se llegó a un acuerdo en cuanto a si un instrumento de Dipr sobre filiación en general también podría aplicarse a la GST o a si sería necesario crear un instrumento separado —como un protocolo— para esta última. ⁵⁴ En cambio, lo que sí se acordó fue dedicar una reunión completa al estudio de dicha cuestión, y la posibilidad de que se precisase contar con normas o salvaguardas específicas para casos de GST. ⁵⁵

A partir de lo concluido y recomendado en esta tercera reunión del Grupo, se programó que hubiera al menos dos reuniones más. Fue así como la cuarta se dedicó a cuestiones de Dipr de la filiación en general, mientras que la quinta se concentró en la filiación en casos de GST.

5. Cuarta reunión

La cuarta reunión del Grupo tuvo lugar en 2018, del 25 al 28 de septiembre. Como ya se adelantó, esta reunión se enfocó en la filiación en general, pero excluyó los casos de GS y los de uso de TRHA.

El norte señalado, desde el comienzo de la reunión, fue la necesidad de llegar a soluciones comunes, para simplificar el complejo escenario actual, proporcionando predictibilidad, certeza y continuidad transfronteriza de la filiación, tomando en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre

⁵¹ *Ibidem*, párrafos núms. 35 y 52, a), primero y segundo ítem.

⁵² *Ibidem*, párrafo núm. 43.

⁵³ *Ibidem*, párrafo núm. 45.

⁵⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 44.

⁵⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 52, b).

los derechos del niño⁵⁶ y, sobre todo, el interés superior del niño.⁵⁷ También se recordó que cualquier nuevo instrumento jurídico sobre filiación debería ser complementario de las convenciones de La Haya existentes, así como resultar atractivo para el mayor número de Estados posible.⁵⁸ Asimismo, como parte de las premisas básicas a tener en cuenta en el transcurso de la reunión, se confirmó que los métodos primarios para establecer la filiación son tres: de pleno derecho —*ex lege*—, por un acto de un individuo o de varios —acuerdo—, y por decisión de una autoridad estatal —generalmente, de carácter judicial—. ⁵⁹

Los aspectos de Dipr de la filiación en general fueron abordados a partir de la distinción entre los casos en los cuales no hay decisión judicial sobre filiación y los casos en los que sí la hay.

En ausencia de decisión judicial, se consideró que, si el posible futuro instrumento no contuviera normas de derecho aplicable, se podría acoger un enfoque de aceptación o un enfoque de reconocimiento.⁶⁰ En otros términos, se trataría de aceptar el documento extranjero, salvo prueba en contrario;⁶¹ o bien, reconocer de pleno derecho el contenido de tal documento,⁶² con sujeción al respeto de ciertas salvaguardas. En lo atinente al primer enfoque, hubo acuerdo en que, para muchos Estados, la adopción de esa perspectiva significaría una codificación de la práctica actual y que, por lo tanto, no sería útil para garantizar la continuidad de la filiación más allá de las fronteras.⁶³ En cuanto al segundo enfoque, aunque se reconoció su utilidad, hubo dudas acerca de su factibilidad, por lo que se requiere continuar estudiando el tema.⁶⁴

Ahora bien, si en ausencia de decisión judicial, el futuro instrumento contuviese normas de derecho aplicable, todos los Estados que fueran parte de éste aplicarían un mismo derecho para determinar quiénes son los padres de un niño, y esto contribuiría a la continuidad transfronteriza de

⁵⁶ Firmada el 20 de noviembre de 1989, disponible en https://www.un.org/es/events/chil_drenday/pdf/derechos.pdf.

⁵⁷ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 25 to 28 September 2018)*, Prel. Doc. No. 2 A, octubre de 2018, párrafo núm. 6, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>.

⁵⁸ *Idem*.

⁵⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 7.

⁶⁰ *Ibidem*, párrafos núm. 9 y ss.

⁶¹ *Ibidem*, párrafo núm. 10.

⁶² Se volvió a plantear y analizar la idea de un posible certificado internacional de filiación. *Ibidem*, párrafo núm. 17.

⁶³ *Ibidem*, párrafo núm. 12.

⁶⁴ *Ibidem*, párrafos núm. 22 y 21.

la filiación.⁶⁵ No obstante, intentar acordar el punto de conexión uniforme —o, eventualmente, los puntos de conexión uniformes— implica un gran reto. El Grupo identificó varios posibles puntos de conexión que merecerían más análisis.⁶⁶ Otro desafío consiste en que algunos Estados aplican sistemáticamente la *lex fori* en esta materia⁶⁷ y difícilmente estarían dispuestos a permitir la aplicación del derecho extranjero. Lo que quedó claro, al final de la discusión, fue que el enfoque de derecho aplicable y sus implicaciones prácticas precisan aún más estudio y análisis.

Por otro lado, para cuando *haya una decisión judicial sobre la filiación*, se recordó la decisión adoptada en la tercera reunión del Grupo, en cuanto a la factibilidad de desarrollar un instrumento multilateral vinculante sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación, que dicho reconocimiento tendría que operar de pleno derecho y que debería estar sujeto a ciertos criterios de jurisdicción indirecta.⁶⁸ En la cuarta reunión se procuró ir afinando el posible contenido del futuro instrumento. Del nutrido diálogo que tuvo lugar entre los expertos, destacaremos cuatro puntos:

- 1) Se acordó que sería positivo y viable incluir criterios alternativos de jurisdicción indirecta.⁶⁹
- 2) No se descartó adoptar criterios de jurisdicción directa; pero habría que considerar esta cuestión más adelante, cuando se haya avanzado más en la estructura y el contenido del instrumento.⁷⁰
- 3) Se reafirmó que temas tales como alimentos, sucesiones, nacionalidad, y otros que son cubiertos por convenciones de La Haya existentes, deberían ser excluidos del ámbito material de aplicación del futuro instrumento.⁷¹
- 4) Aunque se decidió que las causales de denegación de reconocimiento de la sentencia extranjera requieren más discusión, hubo acuerdo

⁶⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 22.

⁶⁶ Por ejemplo, lugar de nacimiento del niño, lugar de la residencia habitual del niño al nacer, Estado con el cual el niño tiene una conexión real y sustantiva. *Ibidem*, párrafo núm. 26.

⁶⁷ *Ibidem*, párrafo núm. 31.

⁶⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 34.

⁶⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 35.

⁷⁰ *Ibidem*, párrafo núm. 39.

⁷¹ *Ibidem*, párrafo núm. 40.

general en cuanto a incluir una cláusula de orden público que tome en cuenta el interés superior del niño.⁷²

Las conclusiones y recomendaciones finales de esta reunión, primordialmente aquéllas relacionadas con los siguientes pasos, fueron pospuestas para cuando acabase la quinta reunión del Grupo.⁷³

6. *Quinta reunión*

De conformidad con la recomendación adoptada en la tercera reunión, la quinta reunión del Grupo se abocó al estudio de la filiación en supuestos de GST. Las sesiones de trabajo se desarrollaron del 29 de enero al 1 de febrero de 2019.

Desde el comienzo de la reunión se enfatizó la necesidad de que el eventual producto del trabajo del Grupo no excluya los aspectos de Dipr de la GS.⁷⁴ Asimismo, atendiendo la preocupación manifestada en diversos ámbitos externos a la HCCH y ajenos al Dipr como disciplina jurídica,⁷⁵ se consideró importante aclarar que un posible instrumento de Dipr sobre filiación en casos de GS no debe ser entendido como un aval a esta figura sino, simplemente, como un mecanismo para resolver en la práctica filiaciones claudicantes que resultan de la GST, y para posibilitar que los Estados protejan mejor los derechos humanos de las personas involucradas.⁷⁶ También se subrayó que esto no debe entenderse en modo alguno como una recomendación a los Estados para que permitan la práctica de la GS.⁷⁷ En efecto, la diversidad de las actitudes estatales hacia la GS es el punto de partida. Lo que se busca al explorar la viabilidad de crear un nuevo instrumento para situaciones internacionales es proteger los derechos humanos de quienes —de una manera u otra— participan en acuerdos de GS y, sobre todo, el interés superior del niño que nace en estas circunstancias.

⁷² *Ibidem*, párrafo núm. 43.

⁷³ *Ibidem*, párrafo núm. 48.

⁷⁴ HCCH, Report of the *Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, PreL. Doc. No. 2 B, febrero de 2019, párrafo núm. 8, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032f61-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Besmond de Senneville, Loup, “À La Haye, le discret travail juridique sur les règles de GPA”, *La Croix*, 29 de enero de 2019, disponible en <https://www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/A-Haye-discret-travail-juridique-regles-GPA-2019-01-29-1200998778>.

⁷⁶ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, cit. *supra* nota 74, párrafo núm. 9.

⁷⁷ *Idem*.

El principal objetivo de esta quinta reunión del Grupo consistía en analizar si pudiese ser posible emplear las normas de Dipr sobre filiación en general, para la filiación en casos de GST. Con la finalidad de emprender ese análisis, se dividió la temática del reconocimiento de la filiación entre aquellos casos en los cuales hay, y en los cuales no hay, una decisión judicial que establece la filiación. También se reconoció que algunos casos de GST pueden conllevar una combinación de métodos de establecimiento de la filiación.⁷⁸ A continuación destacaremos algunos de los puntos abordados.

En lo atinente al *reconocimiento de la filiación establecida por sentencia*, se notó que la determinación judicial de la filiación en casos de GST prevalece en muchos Estados de origen y que en muchos Estados de recibimiento se exige determinar *de novo* la filiación del niño.⁷⁹ Además, un gran número de miembros del Grupo concluyó que los criterios atributivos de jurisdicción indirecta identificados para filiación en general no serían adecuados para la GST, y manifestó su apoyo al criterio del Estado del nacimiento del niño, con la posible adición de alguna otra exigencia —por ejemplo, que en ese Estado también resida habitualmente la persona que dé a luz, es decir, la mujer gestante—.⁸⁰

Asimismo, muchos expertos admitieron la relevancia del orden público y de establecer salvaguardas específicas para el reconocimiento de la GST,⁸¹ como el consentimiento libre e informado de la gestante.⁸² La mayoría de los miembros del Grupo reconoció la importancia de continuar discutiendo otras posibles salvaguardas⁸³ y concluyó que sería viable desarrollar un marco jurídico para el reconocimiento de la filiación establecida por decisión judicial en casos internacionales de GS, respetando la diversidad de perspectivas nacionales.⁸⁴ De igual modo, se consideró que sería deseable y factible implementar mecanismos de cooperación en la fase de reconocimiento, lo que contribuiría a verificar el cumplimiento de las salvaguardas.⁸⁵

⁷⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 12, donde se recuerda que los métodos son: por decisión judicial, de pleno derecho, y por el acto de un individuo o por acuerdo.

⁷⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 13.

⁸⁰ *Ibidem*, párrafo núm. 15.

⁸¹ *Ibidem*, párrafo núm. 17.

⁸² *Ibidem*, párrafo núm. 19.

⁸³ Entre ellas: el vínculo genético entre el niño y uno de los padres intencionales, la preservación de y el acceso a la información sobre los orígenes del niño, la prevención de la venta y el tráfico de niños, la prevención de la explotación y el tráfico de mujeres. *Ibidem*, párrafo núm. 20.

⁸⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 22.

⁸⁵ *Ibidem*, párrafos núms. 21 y 22.

En lo que concierne al *reconocimiento de la filiación establecida sin que exista una decisión judicial* en casos de GST, las salvaguardas y la cooperación podrían ser relevantes.⁸⁶ Adicionalmente, con respecto al enfoque metodológico de derecho aplicable, se estimó que éste podría tratarse más adelante, en función de lo que se decidiera sobre el punto para la filiación en general.⁸⁷

Finalmente, acerca del camino a seguir en el futuro, la mayoría de los expertos recomendó desarrollar dos instrumentos jurídicos: 1) un instrumento general de Dipr sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras en materia de filiación; y por separado, 2) un protocolo sobre reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación derivada de acuerdos transfronterizos de GS.⁸⁸ Adicionalmente, la mayor parte del Grupo recomendó seguir considerando otros métodos susceptibles de fortalecer la efectividad de aquellos instrumentos.⁸⁹

7. Sexta reunión

La sexta reunión del Grupo, celebrada del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2019, es la última que se ha llevado a cabo hasta ahora. La misma se enfocó en la discusión de las posibles disposiciones a incluir en los dos instrumentos en los cuales se había decidido avanzar: una convención y un protocolo internacionales sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en general y derivada de GST, respectivamente. Acerca de este punto, merece ser reconocida la encomiable labor realizada, entre la quinta y la sexta reunión, por el equipo de redacción que escribió ambos borradores, con el fin de facilitar la discusión y la fluidez del progreso en el trabajo.

Consideramos apropiado aclarar que, si bien en el transcurso de las sesiones se produjo un intercambio sumamente enriquecedor y se tomaron decisiones que permitirán mantener ciertos pasajes de ambos borradores e introducir modificaciones a otros, éstos continúan siendo textos inacabados, aún sujetos a cambios y/o adiciones. En las siguientes líneas se aludirá a la mayor parte de las decisiones adoptadas en el transcurso de esta sexta reunión del Grupo.

⁸⁶ *Ibidem*, párrafo núm. 23.

⁸⁷ *Idem*.

⁸⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 32.

⁸⁹ Por ejemplo: normas uniformes de derecho aplicable; reconocimiento de la filiación establecida en el extranjero sin que exista una decisión judicial. *Idem*.

En primer lugar, se trató el *proyecto de convención*. Para esto, el diálogo se organizó en torno al reconocimiento de decisiones judiciales de filiación y, luego, a otras técnicas de Dipr.

El Grupo acordó que la convención debería limitarse al reconocimiento de decisiones judiciales emitidas por autoridades de Estados parte de dicho instrumento, sin perjuicio de la denominación y del efecto constitutivo o declaratorio que esas decisiones tengan, ni de la edad de la persona de cuya filiación se trate.⁹⁰ Aunque la mayoría de los expertos estimó importante incluir las adopciones nacionales en el ámbito de aplicación material de la convención, se resolvió que esta cuestión requiere más discusión.⁹¹

Asimismo, hubo acuerdo en cuanto a que el reconocimiento de las decisiones judiciales extranjeras de filiación debería operar de pleno derecho, si en el Estado que las dictó se satisfizo alguno de los siguientes criterios de jurisdicción indirecta: que allí se encontrase la residencia habitual del niño, o bien la residencia habitual del demandado.⁹² Mientras se dejó abierta la posibilidad de incluir como criterio la existencia de una conexión real y sustancial en ciertos casos, hubo acuerdo en no incorporar criterio alguno vinculado con la autonomía de la voluntad.⁹³ También se discutió el tema de las causales alternativas de denegación de reconocimiento, acogándose la excepción de orden público —que tome en cuenta el interés superior del niño—, la ausencia de notificación apropiada y de oportunidad de que el demandado sea oído en juicio, y la existencia de decisiones incongruentes o de procedimientos paralelos.⁹⁴

Con respecto al recurso a otras técnicas de Dipr, se acordó que éste sería útil para facilitar la continuidad transfronteriza de la filiación.⁹⁵ Tal sería el caso de las normas uniformes de derecho aplicable, sobre todo para los supuestos en los que no existe una decisión judicial.⁹⁶ Se discutió cómo podría funcionar este tipo de normas en relación con los documentos públicos;

⁹⁰ HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019)*, Prel. Doc. No. 2, noviembre de 2019, párrafos núm. 5-7, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d435cffe-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>.

⁹¹ *Ibidem*, párrafo núm. 9.

⁹² *Ibidem*, párrafos núms. 10 y 11.

⁹³ *Ibidem*, párrafos núms. 12 y 13.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 14. También se decidió que se requiere más discusión acerca del alcance del fraude, así como sobre la posibilidad de incluir una causal específica relativa a que al niño no se le haya conferido la oportunidad de ser oído.

⁹⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 15.

⁹⁶ *Ibidem*, párrafo núm. 16.

pero se decidió que el tema requiere más análisis.⁹⁷ También se retomaron las discusiones previas sobre la validez material de los documentos públicos —que todavía permanecen abiertas—⁹⁸ y se concluyó que sería positivo incluir en la convención la presunción de validez de la filiación plasmada en un documento público expedido por autoridad competente.⁹⁹ Finalmente, algunos miembros del Grupo señalaron que la certeza jurídica sería mayor si se incluyera en el instrumento criterios de jurisdicción directa, para lo cual, a su vez, sería de gran ayuda contar con normas de derecho aplicable.¹⁰⁰

En segundo lugar, se estudió el *proyecto de protocolo*. Se dedicó mucho tiempo a la discusión sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en casos de GST; pero también se hizo referencia a la filiación establecida por otros medios en este contexto.

Si bien muchos expertos recomendaron que el protocolo se aplicara únicamente al reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras de filiación en supuestos de GST, algunos sugirieron explorar la posibilidad de incluir también las hipótesis de GS interna —cuando las partes del acuerdo residen habitualmente en el mismo Estado— y de GS seguida de adopción interna.¹⁰¹

En cuanto a las definiciones propuestas en el borrador, hubo consenso sobre la necesidad de exigir la forma escrita para el acuerdo de GS, y que su celebración se dé antes de la concepción.¹⁰² Varias expertas sugirieron que se modificara la terminología empleada, para referirse a la gestante de una manera neutral, sin calificarla *ab initio* como “madre”,¹⁰³ puesto que esa cuestión debe ser determinada por el derecho que resulte aplicable, y que, además, denominarla “madre” no concuerda con la voluntad de ninguno de los participantes en el acuerdo internacional de GS.

Por otro lado, la mayoría de los miembros del Grupo consideró que deberían ser reconocidas de pleno derecho, en todos los Estados parte del protocolo, las decisiones judiciales dictadas en el Estado de origen de la GS —que también sea Estado parte—, después del nacimiento del niño, siempre que se cumplan ciertas condiciones, estándares mínimos o salvaguardas.¹⁰⁴

⁹⁷ *Ibidem*, párrafo núm. 19.

⁹⁸ *Ibidem*, párrafos núms. 21-22.

⁹⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 20.

¹⁰⁰ *Ibidem*, párrafo núm. 23.

¹⁰¹ *Ibidem*, párrafo núm. 26.

¹⁰² *Ibidem*, párrafo núm. 27.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ *Ibidem*, párrafo núm. 30.

Tales salvaguardas, cuya precisa definición aún sigue pendiente, serán clave para que se pueda llevar a cabo el reconocimiento de la filiación en casos de GST. Para verificar que las mismas se hayan cumplido, y de ese modo facilitar el reconocimiento, se discutió la posibilidad de una certificación que se emitiera en el Estado de origen de la GS.¹⁰⁵ Además de haberse retomado las discusiones previas sobre cuáles podrían ser esas salvaguardas, se resolvió que se necesitaría considerar con mayor profundidad cómo incorporar en el protocolo la figura de los intermediarios para limitar su intervención,¹⁰⁶ así como la posibilidad de introducir estándares mínimos relativos a la elegibilidad y a la idoneidad de la mujer gestante y de los padres intencionales.¹⁰⁷ Muchos expertos se hicieron eco de la sugerencia de que, además de la perspectiva *a posteriori* que sigue el proyecto de protocolo en su redacción actual, sería útil contar con normas *a priori*; pero la viabilidad de agregar esta nueva perspectiva requerirá más discusión.¹⁰⁸

Asimismo, se discutió cómo incorporar la filiación establecida en ausencia de decisión judicial en casos de GST, pues en muchos Estados de origen no es necesario contar con ese tipo de decisión, y hubo consenso para que se explorara si un mecanismo de certificación podría funcionar en tales supuestos —y, en su caso, cómo—.¹⁰⁹

Finalmente, en cuanto al trabajo futuro, el Grupo recomendó que se continúe desarrollando el contenido tanto de la convención como del protocolo, para lo cual propuso organizar al menos dos reuniones más y reportar al Consejo en marzo de 2022, a fin de que entonces se decida si el Proyecto debería continuar.¹¹⁰ Además, como ya se hizo entre la quinta y la sexta reunión, se recomendó continuar con el trabajo entre sesiones, con la colaboración de algunos de los expertos, para refinar la redacción de ambos borradores y desarrollar otras posibles perspectivas, según las sugerencias formuladas por el Grupo.¹¹¹

¹⁰⁵ *Ibidem*, párrafo núm. 31.

¹⁰⁶ *Ibidem*, párrafo núm. 35.

¹⁰⁷ *Ibidem*, párrafo núm. 36.

¹⁰⁸ *Ibidem*, párrafo núm. 39.

¹⁰⁹ *Ibidem*, párrafo núm. 41.

¹¹⁰ *Ibidem*, párrafo núm. 43.

¹¹¹ *Idem*. Entre el momento de entrega de la presente contribución y su envío a prensa, se desarrollaron de manera virtual dos reuniones más (la séptima, del 12 al 16 de octubre de 2020, y la octava, del 15 al 17 de febrero de 2021) y se ha continuado con la labor entre sesiones. Asimismo, el Consejo acogió la sugerencia de posponer la entrega del reporte final sobre la viabilidad del Proyecto hasta su sesión de 2023.

IV. CONCLUSIONES

En nuestra opinión, el trabajo que han venido realizando en los últimos años la HCCH, su OP y el Grupo, en materia de Dipr de la filiación, tanto en general, como en casos en los que se ha recurrido a la GS y a las TRHA, es sumamente valioso. Para empezar, porque implica una toma de conciencia sobre la problemática que afecta a las familias en el plano internacional, y de manera particular, a las personas cuya filiación, legalmente establecida en un Estado, no es reconocida en otro. En muchas ocasiones esas personas son niños, aunque las situaciones controvertidas pueden extenderse en el tiempo más allá de la adquisición de la mayoría de edad¹¹² e, incluso, son susceptibles de presentarse durante su vida adulta. Pero también, porque el hecho de que se intente utilizar en este ámbito las herramientas de las que dispone el Dipr para mejorar la vida de las personas constituye una reacción positiva ante una realidad en la que se vulneran derechos humanos de las personas involucradas, y especialmente, los de los niños —cuyo interés superior debería siempre ser una consideración primordial—.¹¹³ Consideramos que abordar estos temas, a fin de procurar garantizar la continuidad transfronteriza de la filiación es una tarea delicada, más necesaria y urgente.

Como se puede apreciar a lo largo del presente capítulo, el Proyecto ha venido avanzando en forma gradual, en un escenario de amplia diversidad normativa, en temas que tocan fibras profundas y que exceden al derecho para vincularse también con otras áreas del saber.¹¹⁴ No obstante, resulta evidente que ningún intento por regular los aspectos de Dipr de la filiación, particularmente en la época actual, podría estar exento de desafíos. Creemos que el Grupo se encuentra frente a diversos retos, y que tiene el deber de proponerse superarlos.

¹¹² Esto es lo que les ha sucedido, por ejemplo, a las tristemente célebres Valentina y Fiorella Mennesson, nacidas de una mujer gestante en California —Estados Unidos de América—, ante la resistencia de Francia para reconocer su filiación, legalmente establecida en el extranjero, con respecto a Sylvie, su madre intencional. Para una apretada síntesis de esta saga judicial que se desarrolló durante más de dieciséis años, tanto ante las autoridades francesas como ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, véase David, Timothée, “GPA et filiation: fin d’une Saga judiciaire de plus de 16 ans”, *Affiches parisiennes. Journal d’information juridique et d’annonces légales*, 14 de octubre de 2019, disponible en <https://www.affiches-parisiennes.com/gpa-et-filiation-fin-d-une-saga-judiciaire-de-plus-de-16-ans-9412.html>.

¹¹³ Véase la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, cit. *supra* nota 56. Sobre todo el artículo 3.

¹¹⁴ Ética, bioética, medicina, genética, antropología, sociología, por mencionar algunas.

En conjunto con la profesora Nieve Rubaja, hemos dedicado un trabajo reciente a identificar los principales desafíos con los cuales el Grupo se ha ido encontrando y se encontrará —delimitación de la materia, enfoque metodológico, técnicas de codificación y otros desafíos a futuro: las filiaciones que no surgen de decisiones judiciales y las salvaguardas en casos de GS—. ¹¹⁵ Confirmamos nuestra opinión acerca de que esos desafíos conservan toda su vigencia y consideramos que vale la pena insistir aquí en algunos de ellos en particular.

Un reto crucial es el de valorar las posibilidades de emplear otros enfoques metodológicos, además del de reconocimiento, tanto para la filiación en general como para la que se presenta cuando existe un acuerdo transfronterizo de GS. A pesar de que, *ab initio*, puede estimarse ideal arribar a una convención y un protocolo que comprendan los cuatro pilares fundamentales del Dopr —jurisdicción internacional, derecho aplicable, reconocimiento (y ejecución), y cooperación internacional entre autoridades—, no es menor el desafío de construir consensos en torno a puntos de conexión, calificaciones y efectos jurídicos de ciertos actos, facultades de las autoridades, ni en torno a cómo se daría su implementación en la práctica. Se decidió profundizar el enfoque de reconocimiento; sin embargo, ha surgido recurrentemente, en las diversas sesiones, la inquietud de no descartar otras perspectivas metodológicas.

Otro reto de capital importancia es sobre cómo abordar el reconocimiento de las filiaciones que no surgen de decisiones judiciales. En efecto, hay muchos casos de filiación en familias que se desplazan internacionalmente, que por diversas razones nunca llegan a tribunales. Podría considerarse absurda la pretensión de judicializar todos los casos para incrementar las probabilidades de que una relación de filiación sea reconocida como legal en el extranjero. También se relaciona con este desafío la pregunta, aún no resuelta, de cómo asegurarse de que un documento distinto de una sentencia, y que eventualmente sería reconocido de pleno derecho en el extranjero, pruebe el vínculo jurídico de filiación y no únicamente el hecho del nacimiento.

En materia de GST, donde hay Estados con posiciones fuertemente contrapuestas, es muy delicado el desafío de determinar cuáles son y cómo

¹¹⁵ Albornoz, María Mercedes y Rubaja, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en Fresno de Aguirre, Cecilia y Lorenzo Idiarte, Gonzalo A. (coords.), *130 Aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019, pp. 663-681.

operarían las salvaguardas o estándares mínimos cuyo cumplimiento el Estado de recibimiento podría exigir como condición para reconocer la filiación, o cuyo no cumplimiento podría invocar como causal de denegación del reconocimiento. Si bien actualmente el Grupo está analizando el tema con respecto a las decisiones judiciales extranjeras en este ámbito, también se requiere estudiarlo para supuestos de ausencia de decisión judicial y examinar si las salvaguardas pudiesen ser las mismas en la primera y en la segunda de dichas hipótesis, o se precisaría establecer salvaguardas adicionales en la segunda —y, en su caso, cuáles—.

En el fondo, el gran reto subyacente a todos los demás es el de diseñar instrumentos jurídicos internacionales que, por un lado, resulten efectivos para simplificar la vida de las familias, garantizando los derechos humanos de todas las personas involucradas en una controversia —especialmente, los de cada niño concreto, procurando la solución que corresponda a su interés superior— y que, por otro lado, sean atractivos para el mayor número de Estados posible.

Consideramos que el Grupo debe continuar poniendo todo su empeño para superar estos retos, así como otros que pudieran presentarse más adelante, y lograr la meta de tender puentes entre sistemas jurídicos nacionales, ofreciendo un marco jurídico internacional para los aspectos de Dipr de la filiación que sea justo y equilibrado. Pero quienes tienen la última palabra, tanto para introducir modificaciones, como para decidir si ese marco jurídico será vinculante para ellos, son los Estados. Son ellos los que tienen ante sí la oportunidad de generar certidumbre para las familias y de proteger mejor a uno de los grupos más vulnerables de la población: los niños. Esperamos que los Estados cuenten con la voluntad política necesaria para aprovechar esta oportunidad invaluable.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, María Mercedes y RUBAJA, Nieve, “Los desafíos en la labor del Grupo de Expertos de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado sobre filiación y gestación por sustitución”, en FRESNEDO DE AGUIRRE, Cecilia y LORENZO IDIARTE, Gonzalo A. (coords.), *130 aniversario de los Tratados de Montevideo de 1889. Legado y futuro de sus soluciones en el concierto internacional actual*, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 2019.

BESMOND DE SENNEVILLE, Loup, “À La Haye, le discret travail juridique sur les règles de GPA”, *La Croix*, 29 de enero de 2019, disponible en <https://>

www.la-croix.com/Sciences-et-ethique/Ethique/A-Haye-discret-travail-juridique-regles-GPA-2019-01-29-1200998778.

DAVID, Timothée, “GPA et filiation: fin d’une Saga judiciaire de plus de 16 ans”, *Affiches parisiennes. Journal d’information juridique et d’annonces légales*, París, 14 de octubre de 2019, disponible en <https://www.affiches-parisiennes.com/gpa-et-filiation-fin-d-une-saga-judiciaire-de-plus-de-16-ans-9412.html>.

GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en CARBONELL, José *et al.*, *Las familias en el siglo XXI: una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3174/4.pdf>.

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

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

HCCH, Comisión Especial sobre el Funcionamiento Práctico del Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, *Conclusiones y recomendaciones aprobadas por la Comisión Especial*, 17-25 de junio de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/241a8e6a-3ebb-4bc1-9153-32cfc8bfb42d.pdf>.

HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 7-9 de abril de 2010, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/910669ed-7210-4873-948c-2b414ce7c07a.pdf>.

HCCH, Consejo de Asuntos Generales y Política, *Conclusions and Recommendations adopted by the Council*, 24-26 de marzo de 2015, disponible en https://assets.hcch.net/upload/wop/gap2015concl_en.pdf.

HCCH, *Estatuto de Conferencia de la Haya de Derecho Internacional Privado*, La Haya, 31 de octubre de 1951, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/97867a48-a528-4b5f-8c30-e63849448ae7.pdf>.

HCCH, *Observations concerning the Strategy of the Hague Conference – Observations Made by Other International Organizations and Observations Made in a Personal Capacity in Responded to the Secretary General’s Letter of 30/31 July 2001, Preliminary Document No. 20 for the Attention of the Nineteenth Session*, disponible en <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy/surrogacy-2010-and-prior>.

HCCH, *Parentage/Surrogacy Project*, disponible en <https://www.hcch.net/en/projects/legislative-projects/parentage-surrogacy>.

- HCCH, *Private International Law Issues Surrounding the Status of Children, Including Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 11, marzo de 2011, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f5991e3e-0f8b-430c-b030-ca93c8ef1c0a.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 31 January – 3 February 2017)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/8b00d3a1-6c2d-4b8b-b3d9-7db43f9bb025.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 6-9 February 2018)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/75f52918-063d-4232-81c7-ca7cd37e5af6.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 25 to 28 September 2018)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/c25b558d-c24e-482c-a92b-d452c168a394.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting of 29 January to 1 February 2019)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.
- HCCH, *Report of the Experts' Group on the Parentage/Surrogacy Project (meeting from 29 October to 1 November 2019)*, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/d435cffc-65ce-4047-b603-ff63ed20591c.pdf>.
- HCCH, *Report of the February 2016 Meeting of the Experts' Group on Parentage/Surrogacy*, Doc. Prel. No. 3, febrero de 2016, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/f92c95b5-4364-4461-bb04-2382e3c0d50d.pdf>.
- HCCH, *Study of Legal Parentage and the Issues Arising from International Surrogacy Arrangements*, Doc. Prel. No. 3C, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/bb90cfd2-a66a-4fe4-a05b-55f33b009cfc.pdf>.
- HCCH, *The Desirability and Feasibility of Further Work on the Parentage/Surrogacy Project*, Doc. Prel. No. 3B, marzo de 2014, disponible en <https://assets.hcch.net/docs/6403eddb-3b47-4680-ba4a-3fe3e11c0557.pdf>.
- RUBAJA, Nieve, *Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012.
- UNICEF, *Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 20 de noviembre de 1989, disponible en <https://www.un.org/es/events/childrenday/pdf/derechos.pdf>.
- VELA BARBA, Estefanía, “Nuevas tecnologías reproductivas”, en MORENO, Hortensia y ALCÁNTARA, Eva (coords.), *Conceptos clave en los estudios de género*, Ciudad de México, Dirección General de Publicaciones de la UNAM-Centro de Investigaciones y Estudios de Género, 2018, vol. 2.

CAPÍTULO SEGUNDO

GESTACIÓN SUBROGADA. ESTADO DE LA CUESTIÓN EN EL ESTADO DE TABASCO

Karla CANTORAL DOMÍNGUEZ

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Origen de la gestación o maternidad subrogada en el estado de Tabasco*. III. *Fundamento legal para la práctica de la gestación subrogada en Tabasco*. IV. *Valoración de entrevista realizada a mujer gestante*. V. *Consecuencias de una mala técnica legislativa*. VI. *Judicialización de la gestación por sustitución*. VII. *Situación de la gestación subrogada en el sureste de México*. VIII. *Conclusiones*. IX. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

El uso de las técnicas de reproducción asistida surgió en el ámbito médico con el fin de apoyar a aquellas personas y/o parejas que por alguna incapacidad tenían problemas de fertilidad y no podían tener hijos, y así coadyuvar al ejercicio de sus derechos reproductivos. De esta manera, la Organización Mundial de la Salud reconoce de forma enunciativa como técnicas de reproducción asistida, las siguientes: fecundación *in vitro*; transferencia de embriones; transferencia intratubárica de gametos; transferencia intratubárica de cigotos; transferencia intratubárica de embriones; criopreservación de ovocitos y embriones; donación de ovocitos y embriones, así como el útero subrogado.¹

Sobre esta última técnica, en el presente trabajo se realizará una reflexión sobre la situación que ocurre actualmente en el sureste de México,

¹ OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, rev. y prep. por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, trad. y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida en 2010.

toda vez que en 1997 se incorporó al Código Civil del Estado de Tabasco, en diversos artículos regulados de forma dispersa, la figura de la maternidad subrogada. Por tal motivo, el objetivo general consiste en analizar los efectos jurídicos, culturales, políticos y sociales de la gestación subrogada en el estado de Tabasco, para determinar el modelo de protección que pueda garantizar los derechos de las personas que intervienen en el desarrollo de este procedimiento médico, acorde con el contexto internacional.

La hipótesis que se propone es la siguiente: la regulación sobre gestación subrogada en el estado de Tabasco es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas, para la práctica de esta técnica de reproducción asistida se requiere adoptar un modelo interdisciplinario, en el que los acuerdos de gestación se autoricen a través de la Secretaría de Salud y se garanticen los derechos de todas las personas que intervienen en este procedimiento médico.

Con independencia de la denominación que se le dé al término gestación subrogada, maternidad subrogada, útero subrogado, subrogación uterina, gestación por encargo, vientres de alquiler o vientre sustituto, en definitiva lo que se busca no es sólo la forma, sino el fondo en cuanto a establecer el modelo adecuado que permita continuar con el uso de esta técnica médica, siempre y cuando se establezcan los mecanismos jurídicos que tutelen los derechos de las personas que la utilizan, evitando todo tipo de mercantilización o posible trata de personas.

Tabasco, en uso de sus atribuciones constitucionales para legislar en materia civil y familiar,² fue el primer estado de la República Mexicana en legislar sobre la maternidad subrogada en su Código Civil; con posterioridad, diversos estados del país legislaron de forma permisiva como Sinaloa, incluso prevé la modalidad onerosa.³ Por su parte, otros estados regulan de forma genérica las técnicas de reproducción asistida en sus códigos civiles y familiares, como son Ciudad de México, Michoacán, Sonora, Zacatecas y Coahuila. Así también, los estados de San Luis Potosí y Querétaro prohíben de forma expresa el procedimiento de maternidad subrogada. Como veremos en este trabajo, la regulación en materia de técnicas de reproducción asistida, incluida la gestación subrogada, debe ser competencia del ámbito federal, en el área del derecho a la salud, por lo que los estados de México deben regular únicamente cuestiones derivadas de la filiación, el estado ci-

² Cfr. Artículos 73 y 124 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

³ Código Familiar del Estado de Sinaloa, *Periódico Oficial*, 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

vil, la guarda y custodia, y todo tipo de consecuencias familiares en cuanto al uso de estas técnicas, no así con relación a su procedimiento.

II. ORIGEN DE LA GESTACIÓN O MATERNIDAD SUBROGADA EN EL ESTADO DE TABASCO

El origen de la gestación subrogada en Tabasco, como se mencionó al inicio de este trabajo, fue en 1997,⁴ en el cual se incorporaron al Código Civil de forma dispersa catorce artículos⁵ en los que se encuentran términos como: concepción humana artificial, madre gestante sustituta, madre contratante, madre subrogada, métodos de reproducción asistida, madre biológica, madre legal, filiación de la madre contratante, contrato de maternidad sustituta y además se incorpora la capacidad de goce al concebido por cualquier método de reproducción humana artificial, aun cuando esté fuera del útero materno.

Antes de analizar el contenido de los artículos incorporados en Tabasco, nos formulamos la interrogante ¿por qué se incorporó la figura de la gestación subrogada en el Código Civil? En la exposición de motivos del Código Civil de Tabasco, se establece:

Los códigos sustantivos y adjetivos del Estado Libre y Soberano de Tabasco establecen derechos y obligaciones de los tabasqueños, por lo que es menester incorporar los recientes avances que se han dado en el ámbito científico y los cambios en materia económica y social con el fin de adecuarlos a la esfera jurídica, coadyuvando en este sentido para que la impartición de justicia sea pronta, expedita y eficaz [...]

En el libro primero se incorporan las consecuencias jurídicas de los adelantos de carácter científico en cuanto a la reproducción humana artificial, misma que se relaciona con las materias de filiación y sucesiones, las figuras de “madre gestante sustituta”, “contratante” y otras, previenen una serie de conflictos que pudieran presentarse en caso de inseminación artificial de ciudadanas tabasqueñas y, principalmente de naturales de esta entidad que podrían complicar la aplicación del derecho con la inminente presencia de métodos científicos de procreación.

Como podemos observar, el legislador expresó su intención de ir acorde con los avances científicos; sin embargo, no explicó ni justificó por qué in-

⁴ Publicado en el *Periódico Oficial del Estado*, 9 de abril de 1997. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

⁵ Véase artículos 31, 92, 165, 272 fracción XVIII, 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 fracción III, del Código Civil de Tabasco.

corporó la gestación subrogada y no otras técnicas de reproducción asistida; además, en el Código Civil se regulan cuestiones relativas a las personas, la familia y los actos jurídicos que celebren entre particulares, cuando este procedimiento médico debería encontrarse regulado dentro del ámbito del derecho a la salud.

Los artículos que se incorporaron al Código Civil en 1997 sobre gestación sustituta y subrogada son los siguientes: 31, 92, 165, 272 (fracción XVIII), 324, 327, 329, 330, 340, 347, 349, 360, 365 y 399 (fracción III). En estos artículos se establece que la forma a través de la cual se darán los casos de gestación sustituta y subrogada será a través de un contrato. Así también, se precisa que la madre gestante sustituta es la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el genético; por su parte, la madre subrogada provee tanto el componente para la gestación, como el material genético. Asimismo, se previó que la mujer que decida utilizar estos servicios de maternidad sustituta o subrogada, será denominada madre contratante.

De igual forma, se encuentran disposiciones sobre la forma para expedir el acta de nacimiento; se destaca de forma alarmante, el reconocimiento a la capacidad jurídica que se le da a “los concebidos por cualquier método de concepción humana artificial”, aun cuando no se encuentren en el útero materno, obviando los principios de la bioética, así como la protección jurídica que tiene el *nascitūrus* en el ámbito nacional e internacional.⁶

Lo cierto es que, a partir de estos catorce artículos del Código Civil, se empezaron a celebrar en el estado de Tabasco diversos contratos de maternidad sustituta y subrogada, en los cuáles se pactaban cláusulas de contenido económico por el pago de los servicios prestados a las mujeres que participaban como madre sustituta o subrogada, cuyo objeto era el nacimiento de un bebé. Este tipo de contratos patrimonializaban a la persona como si se tratara de una cosa, y podría incluso ser constitutivo de delito de trata de persona, además de que atenta contra el interés superior del menor.

En los contratos celebrados por escrito, se encontraba que las partes contratantes eran personas tanto de nacionalidad mexicana como extranjera, así también se establecían cláusulas en las que se pactaban por concepto de gastos diversos, vestimenta y calzado de embarazo, hospedaje y compra de mobiliario para el reposo adecuado de la madre gestante, consultas médicas, pagos parciales, incremento si resultaba más de un producto, además, no se encontraba ninguna cláusula en la que se estableciera una razón o

⁶ Al respecto, véase Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

causa de infertilidad o imposibilidad de la persona o pareja para llevar a término un embarazo.

En el caso de las parejas contratantes extranjeras, su propósito era poder llevarse al menor nacido bajo esta técnica de reproducción asistida a su país de origen, por lo que debían tramitar además del acta de nacimiento, el pasaporte correspondiente. Al aumentar el número de personas extranjeras que utilizaban esta técnica en Tabasco, el estado fue denominado como lugar de turismo reproductivo en el que se podía optar por concebir un hijo a bajos costos, en comparación con otros países como Estados Unidos y Canadá. El problema surgió cuando, en el país de origen de los nacionales, estaba prohibida la gestación por sustitución, como es el caso de España y Francia,⁷ en donde los niños nacidos bajo esta técnica se ubicaron en una situación de incertidumbre jurídica para poder optar por el reconocimiento de su identidad y para tener la nacionalidad de sus padres biológicos.

III. FUNDAMENTO LEGAL PARA LA PRÁCTICA DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN TABASCO

En un segundo momento, en 2016, se realizó una reforma al Código Civil y se incorporó un capítulo denominado “De la Gestación Asistida y Subrogada” que contiene ocho artículos; cabe destacar que continúan vigentes los catorce artículos que se incorporaron en 1997. Los antecedentes de esta segunda etapa se explican a continuación.

En 2013,⁸ se presentó una iniciativa en el Congreso del Estado de Tabasco con el propósito de reformar los artículos del Código Civil relativos a la figura de la gestación sustituta y subrogada, con apoyo en algunos argumentos como el siguiente:

En la actualidad el derecho ha quedado rezagado a los avances tecnológicos y humanos, buscando explicaciones o soluciones a formas tradicionales

⁷ Después de 19 años de litigio, en Francia, finalmente se le reconoció como madre legal de dos niñas a una mujer que mediante gestación por sustitución obtuvo los servicios de otra mujer en California, Estados Unidos, para poder tener hijos, esto es un caso trágico en el que debido a la ausencia de regulación clara que garantice los derechos de las personas que intervienen en este proceso, conlleva una judicialización en cuanto al ejercicio de los derechos reproductivos. Al respecto, véase Arrêt núm. 648 de 4 octubre de 2019, de la Corte de Casación de Francia, en la página: https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

⁸ Iniciativa presentada por la diputada Liliana Ivette Madrigal Méndez, mediante Sesión Pública Ordinaria de la Sexagésima Primera Legislatura al H. Congreso del Estado de Tabasco, el 8 de mayo de 2013.

propias de un derecho civil patrimonial, sin tomar en cuenta la amplia protección a los Derechos Humanos, como lo es el derecho a tener una familia, además, acorde los principios que integran el sistema jurídico mexicano, es inaceptable que la generalización de la adopción, incluso internacional, y los avances en las técnicas de reproducción asistida, como es el caso de la maternidad subrogada, vulneren la dignidad de la mujer gestante sustituta y del menor, mercantilizando la gestación y la filiación, tratando como “cosa” a la mujer gestante sustituta y al infante, lo que permite a terceras personas realizar negocio u obtener un beneficio económico con ellos, haciendo posible la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza, en la que sólo aquellas personas que disponen de recursos económicos suficientes pueden establecer relaciones paterno-filiales inaccesibles a la mayoría de la sociedad.

[...]

Se considera que tanto la maternidad subrogada o la gestante sustituta como sus efectos, no pueden concretarse en un contrato a la luz de nuestro sistema jurídico mexicano, sino que debe existir un instrumento especial que los regule y que permita a las partes establecer las condiciones que garanticen su seguridad y efectividad, ya que si bien es cierto que estos actos pudieran confundirse por tener un tanto de características similares, no menos cierto es que un acuerdo de maternidad subrogada no puede considerarse como un contrato patrimonial como tal, en virtud de que el cuerpo humano no es susceptible de ser un objeto de contrato, y que además está prohibido por la Ley General de Salud, cualquier acuerdo o transacción con ánimo de lucro en torno a los componentes del cuerpo humano y por último, no se puede hacer ningún tipo de cesión ni renuncia de los derechos y obligaciones familiares.

A partir de la presentación de esta iniciativa, se suscitó una fuerte polémica que tuvo repercusiones en la prensa local, nacional e internacional; además, las clínicas que participaban como intermediarias manifestaron su preocupación pues les limitarían el negocio que venían realizando.

Por otra parte, en junio de 2015, el Comité de los Derechos del Niño⁹ recomendó a México que se asegurara que el estado de Tabasco revisara su legislación sobre subrogación e introdujera las medidas necesarias para evitar su uso como un medio para la venta de niñas y niños. Fue así como, el 13 de enero de 2016, se publicó, en el *Periódico Oficial del Estado de Tabasco*, la reforma al Código Civil respecto al procedimiento de gestación subrogada, mediante la cual se adicionó el capítulo VI bis denominado “De la gestación asistida y subrogada”; integrado por los artículos: 380 bis; 380 bis 1; 380 bis 2;

⁹ ONU, Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto Consolidados de México, Comité de los Derechos del Niño, 2015, disponible en https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf

380 bis 3; 380 bis 4; 380 bis 5; 380 bis 6 y 380 bis 7, al título octavo “De la filiación”, perteneciente al libro primero, del Código Civil. La segunda etapa empezó a partir del 14 de enero de 2016, por lo que actualmente se encuentran vigentes tanto los catorce artículos de 1997 como los ocho artículos antes mencionados.

En cuanto al contenido de los artículos incorporados en 2016, se advierte lo siguiente:

- Algunos artículos corresponden a temas médicos que deberían estar en una regulación especial vinculada al derecho a la salud.¹⁰
- Se limita a ciudadanos mexicanos.¹¹
- Se restringe a que la mujer que posee la incapacidad para la gestación y que desee acceder al uso de este procedimiento médico, debe tener entre 25 y 40 años de edad.¹²
- La filiación se sigue remitiendo a las reglas de la adopción plena, lo que genera confusión e incertidumbre jurídica.¹³
- Omisión legislativa en cuanto al altruismo que debe regir en cuanto a las personas que intervienen en esta técnica de reproducción asistida.¹⁴
- Falta de claridad en cuanto a la posibilidad de que personas y/o parejas homosexuales puedan acceder o no al uso de este procedimiento médico.¹⁵

¹⁰ Véase artículos 380 bis, 380 bis 3 y 380 bis 4 del Código Civil de Tabasco.

¹¹ *Cfr.* Artículo 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco, en donde la fracción I establece como requisito para suscribir el contrato de gestación, que las partes sean ciudadanos mexicanos.

¹² *Cfr.* Artículo 380 bis 5 fracción III del Código Civil de Tabasco. En el juicio de amparo 395/2019, radicado ante el juez séptimo de Distrito en Tabasco, demostró que es una persona interesada en crear un descendiente a través de la gestación asistida y subrogada, pero con la limitante de la edad máxima permitida, porque tiene cuarenta y cinco años de edad. El juez consideró en su sentencia que la limitante de la edad es una forma de exclusión, por lo que después de hacer un análisis de proporcionalidad, determinó que la limitación de la edad no es una medida idónea para lograr el fin constitucional válido perseguido por la norma, toda vez que si después de una serie de estudios médicos una persona adquiere la capacidad de ejercicio para acceder a la técnica de reproducción asistida, condicionar al requisito de la edad no corresponde al interés que protegen los artículos del Código Civil, esto es el interés superior del menor. En consecuencia, se consideró que el artículo 380 bis 5 fracción III del Código Civil es discriminatorio por razón de la edad.

¹³ *Cfr.* Artículo 380 bis 6 del Código Civil de Tabasco.

¹⁴ Con motivo de esta omisión, en cuanto al altruismo, todavía se encuentra pendiente de resolverse la Acción de Inconstitucionalidad 16/2016 en la SCJN.

¹⁵ Al respecto, aún se encuentra pendiente de resolución la solicitud de reasunción de competencia 49/2017, asignado a la Primera Sala de la SCJN.

La mercantilización del ser humano a partir de la celebración de un contrato, así como la falta de precisión en los artículos que regulan la gestación subrogada y sustituta en el estado de Tabasco, han traído como consecuencia que se inicie un largo y lento camino judicial en búsqueda del reconocimiento de los derechos a la igualdad y no discriminación, sobre los derechos reproductivos de las personas que desean acceder al uso de esta técnica; así como a la defensa del interés superior del menor y del derecho a su identidad; por lo que más adelante se analizará uno de estos casos judiciales que se ha originado en el sureste de México.

IV. VALORACIÓN DE ENTREVISTA REALIZADA A MUJER GESTANTE

Con el propósito de hacer un análisis cualitativo acerca de la experiencia que viven las mujeres que participan en un procedimiento de gestación sustituta o subrogada, se realizó una entrevista semiestructurada a una mujer que recientemente participó como madre gestante.¹⁶

Entre sus datos generales, se destaca que la entrevistada tiene 29 años de edad; con grado de estudios a nivel secundaria terminada.

La mujer entrevistada informó que una amiga la invitó a participar como madre gestante. En el caso de ella, solamente aportó su cuerpo para llevar el embarazo a término, porque el óvulo fue entregado por una donante externa, y por tanto, no aportó material genético; explicó que el procedimiento de inseminación fue con tres embriones, en el cual tuvo como resultado un embarazo gemelar.

El contrato de gestación sustituta se efectuó con una pareja homosexual conformada por dos hombres de origen extranjero, a los cuales nunca conoció ni con quienes tuvo contacto de ningún tipo.

Explicó también, la entrevistada, que el motivo principal por el cual decidió participar como gestante fue de tipo económico, en donde le pagaron la cantidad de \$150,000.00 (ciento cincuenta mil pesos 00/100 M.N.). Así también, informó que nunca tuvo contacto con los padres contratantes, solamente con la clínica, en donde nunca le explicaron sus derechos y obligaciones.

Cuando concluyó el embarazo, al momento del término de la cesárea, los doctores de la clínica entregaron directamente los bebés a los padres

¹⁶ Entrevista realizada en enero de 2018. Por solicitud de la entrevistada, se mantiene la confidencialidad de los datos personales que permitan identificarla.

contratantes. La entrevistada refirió que en la clínica les prohíben trabajar durante los 9 meses de embarazo, y que además, en caso de que no se lograra el embarazo o se abortara, ella debía de pagar el doble del monto que le pagaron.

Al término de la entrevista, la mujer concluye que fue una mala experiencia, y que no le quedaron ganas de volver a participar en este tipo de tratamientos. Como podemos observar, la mujer entrevistada contaba con un grado de estudios de nivel secundaria, y fue por motivos económicos que decidió participar como madre gestante; tal situación nos permite afirmar que aprovecharon la condición de vulnerabilidad en que se encontraba esta persona, y sin importarles la regulación del Código Civil de Tabasco, que sigue siendo, además de inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas.

V. CONSECUENCIAS DE UNA MALA TÉCNICA LEGISLATIVA

El 2 de marzo de 2017, un diputado del Partido de la Revolución Democrática, en ese entonces el partido del gobernador en turno en Tabasco, presentó una iniciativa ante el Congreso del Estado para derogar los artículos incorporados en 2016 con motivo de la gestación subrogada.¹⁷ Si bien, el legislador tabasqueño consideraba que la solución era derogar la figura del Código Civil, cabe destacar que en ningún momento hizo referencia a los artículos que desde 1997 se encuentran vigentes; es decir, lo que realmente pretendía era que se eliminaran los artículos de 2016, obviando las recomendaciones realizadas por la ONU a través del Comité de los Derechos del Niño. La iniciativa presentada se turnó a comisiones, actualmente ya hay otra legislatura en Tabasco y dicha iniciativa no prosperó.

En febrero de 2017 se formuló una solicitud de información¹⁸ para “saber número de actas de nacimiento emitidas de hijos nacidos por maternidad subrogada durante los años 2013 a 2017”, negándose la misma, en virtud de que solamente se contaba con información genérica, sin distinción de los menores nacidos bajo este procedimiento médico.

En el mismo mes, el Gobierno de Tabasco emitió un comunicado de prensa local, informando que desde 1997 se habían emitido 119 actas

¹⁷ Al respecto, véase <https://congresotabasco.gob.mx/boletin/presentan-diputados-propuestas-en-materia-de-juventud-maternidad-subrogada-cfe-e-integracion-de-cabildos/>.

¹⁸ Solicitud de información, con folio infomex 00258617.

de nacimiento de hijos nacidos mediante la técnica de maternidad subrogada.¹⁹

A finales de 2016 y principios de 2017 surgieron diversos casos en los que se negó la expedición de actas de nacimiento, bajo el argumento de que no cumplían con los requisitos que establece el artículo 380 bis 5 del Código Civil de Tabasco, sin embargo, no se tomó en consideración que el Registro Civil tiene prohibido hacer inquisición directa o indirecta sobre la paternidad, puesto que en el acta se asentará lo que manifiesten las personas que presenten al niño.²⁰

En agosto de 2018, el Registro Civil responde a través de otra solicitud de información,²¹ que en virtud de que no tiene el carácter de parte en los acuerdos o contratos celebrados entre particulares, no puede obligar a los notarios a que le informen, por tanto no cuenta con un registro del número de nacimientos por gestación sustituta o subrogada. Además reiteró en la respuesta que no tiene un número de actas de nacimiento expedidas por menores nacidos bajo gestación subrogada, entregando el número total de nacimientos registrados en Tabasco durante los años 2012 a 2018, información que lejos de aclarar confunde más a quién la solicita.

VI. JUDICIALIZACIÓN DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN

Ante la falta de voluntad política para que pueda contarse con una regulación adecuada acerca del uso de las técnicas de reproducción asistida, entre las que se encuentra la gestación sustituta y subrogada, se empezó a judicializar el derecho reproductivo²² de las personas que deseaban ser padres a partir de este procedimiento médico.

¹⁹ Al respecto, véase Cantoral Domínguez, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 97-128.

²⁰ El artículo 101 del Código Civil de Tabasco establece: “Se prohíbe al Oficial del Registro Civil y a los testigos que conforme al artículo 69 deben asistir al acto, hacer inquisición directa o indirecta sobre la paternidad. En el acta sólo se asentará lo que manifiesten las personas que presenten al niño, aunque parezcan sospechosas de falsedad, sin perjuicio de que éstas sean castigadas conforme a las prescripciones del código penal”.

²¹ Solicitud de información, con folio infomex 00972718.

²² Al respecto, véase la tesis 1a. LXXVI/2018, DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

Por su importancia y trascendencia, me permito comentar el siguiente caso: un hombre de origen extranjero, por su propio derecho y en representación de su menor hija, acudió a los tribunales federales para promover juicio de amparo en contra de las autoridades del estado de Tabasco, así como de la Ciudad de México.²³ En dicho expediente, se ordenó declinar la competencia a un juzgado federal en Tabasco para que resolviera sobre los actos reclamados a las autoridades de esa entidad; por cuanto a los actos que se reclamaban a las autoridades de la Ciudad de México, se tuvo por desechada la demanda.

El acto reclamado por el demandante consistía en la inconstitucionalidad de los artículos 380 bis y subsecuentes; la orden de separación de su menor hija; la negativa a la expedición del acta de nacimiento el 16 de diciembre de 2016; el desconocimiento de la paternidad respecto de su menor hija, y el aseguramiento, por parte del Gobierno de Tabasco, de la menor.²⁴

En este asunto, el contrato de gestación sustituta fue celebrado el 15 de diciembre de 2015, sin embargo, la transferencia embrionaria se realizó hasta el 7 de abril de 2016, cuando ya se había reformado el Código Civil en enero de 2016. El nacimiento de la menor se verificó hasta el 3 de diciembre de 2016.

En la sentencia de 28 de abril de 2017, se consideró que el Registro Civil de Tabasco realizó una aplicación retroactiva de la ley contraria al artículo 14 constitucional, dado que la legislación aplicable era la que se encontraba vigente al momento de la celebración del contrato de gestación sustituta. De igual forma, se estimó que el procedimiento de transferencia embrionaria era consecuencia del hecho consumado, es decir, del contrato celebrado en diciembre de 2015; por tales motivos, se concedió el amparo respecto al acto de aplicación, y no procedió el examen de los conceptos de violación relacionados con la inconstitucionalidad de los artículos del Código Civil que regulan la gestación subrogada. Así también, se ordenó al Registro Civil acordar la solicitud de registro a favor de la menor.

El 12 de julio de 2017, se declaró ejecutoriada la sentencia del juez 2o. de Distrito, y se requirió su cumplimiento al Registro Civil de Tabasco; así las cosas, el 25 de julio de 2017, se tuvo por recibido el informe del Registro Civil en el que se dejó insubsistente la negativa de diciembre de 2016, así también se informó al padre de la menor que debía constituirse personalmente ante el Registro Civil para concluir los trámites administrativos para la obtención del acta de nacimiento de la niña.

²³ Juicio de amparo 18/2017, radicado en el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México.

²⁴ Juicio de amparo 53/2017, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco.

La defensa del actor informó al juez que sus clientes habían salido huyendo del país ante la persecución que emprendió el Gobierno de Tabasco al negar los registros de los niños nacidos por gestación sustituta, y tenían miedo de regresar a aquel estado. El 11 de septiembre de 2017, el juez declaró la imposibilidad material y jurídica de cumplir totalmente con la sentencia, toda vez que el quejoso no se presentó a concluir los trámites administrativos.

El demandante promovió un incidente de inejecución de sentencia civil 13/2017, por el que el Tribunal Colegiado en Materia Civil emitió su resolución el 12 de febrero de 2018, en la que declaró que existe imposibilidad jurídica para dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo. En el mismo sentido, se declaró improcedente la inconformidad 10/2018 que promovió el padre de la menor, con fecha 12 de julio de 2018. Posteriormente, solicitó a los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que reasumieran su competencia y se pronunciaran respecto al exceso que implicaba que se trasladara de nuevo a Tabasco para la expedición del acta de nacimiento de su menor hija y que atentaba contra su derecho a la identidad, sin embargo dicha solicitud no prosperó y se archivó el expediente.

Al judicializarse la situación de los hijos nacidos bajo técnicas de reproducción asistida, será el juez quien deba resolver con base en el interés superior del menor, sobre las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; así como el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas, incluso para determinar su filiación.²⁵

Como podemos observar, en este caso se negó el derecho a la identidad de la menor nacida bajo gestación sustituta, además el padre de la menor tuvo que salir de México, sin contar con el acta de nacimiento de su hija, por el temor de que las autoridades de Tabasco los separaran y no pudiera tener más contacto con la niña; no obstante, a pesar del amparo concedido en su favor, al negarse a acudir personalmente a realizar los trámites para la expedición del acta de nacimiento, se decretó la imposibilidad material y jurídica para cumplir con la sentencia.

VII. SITUACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN EL SURESTE DE MÉXICO

A partir de la reforma de 2016 disminuyó el número de casos presentados para ratificación y aprobación de convenios de gestación sustituta y subro-

²⁵ Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

gada ante los juzgados familiares del estado de Tabasco. Durante el periodo 2016-2018, se tramitaron en Villahermosa alrededor de 10 a 15 asuntos de gestación sustituta.²⁶

Con relación a la legitimación procesal para solicitar en la vía judicial no contenciosa la aprobación del contrato de gestación sustituta, encontramos que la solicitud es promovida por los “padres biológicos”, así como por la “madre gestante” y su esposo o concubino, toda vez que el Código Civil de Tabasco establece en su artículo 380 bis 3, que tales personas son las que deberán firmar el contrato.

Entre los documentos que se adjuntan a la solicitud inicial, se encuentran la copia certificada del acta de matrimonio de los padres biológicos, así como la copia certificada del acta de matrimonio de la madre gestante y su esposo; las copias certificadas de las actas de nacimiento de los promoventes; licencia sanitaria expedida por la Secretaría de Salud en relación a la clínica autorizada para llevar a cabo este tipo de procedimientos médicos; escritura pública en la que se hace constar el contrato de gestación sustituta suscrito ante notario público; y el certificado médico en el que se acredita la imposibilidad física o contraindicación médica de la madre contratante para llevar la gestación en su útero.

Cabe destacar que en la mayoría de los casos que se revisaron, se advierte que el grado de estudios de la madre gestante es de nivel secundaria. En algunas de las resoluciones judiciales dictadas en los juzgados familiares del estado de Tabasco, se toman en cuenta, como elementos indispensables: el interés superior del menor, los derechos reproductivos de los participantes, el orden público, el reconocimiento del vínculo de filiación, se analizan los elementos esenciales del acto jurídico, así también se valora la renuncia de la madre gestante a cualquier derecho de parentesco con el recién nacido.

Una vez que se aprueba el contrato de maternidad sustituta, se reconoce el vínculo de filiación entre los padres contratantes y el feto que lleva en su vientre la mujer gestante, y en dicha resolución se ordena informar a la Secretaría de Salud de Tabasco y al Registro Civil para que se pueda continuar con los trámites correspondientes.

Es interesante que en los contratos celebrados después de las reformas de 2016, y que son realizados ante la fe de un notario público, se siguen encontrando cláusulas en las que se prevé que la madre gestante podrá recibir de la madre contratante algún tipo de donación en numerario o especie

²⁶ Al respecto, véase respuesta a la solicitud de información 040/2019, en el portal de transparencia del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Tabasco, disponible en <http://tsj-tabasco.gob.mx/transparencia/1279/Solicitudes-de-informacion/>.

como compensación por la ayuda que le presta, así también se pacta una ayuda mensual para los alimentos de la mujer gestante durante el tiempo que dure el embarazo; también se pacta la contratación de un seguro de gastos médicos para la mujer gestante durante el tiempo del embarazo y puerperio. Debe tenerse cuidado con la celebración de este tipo de contratos, porque pareciera que a pesar de las recomendaciones que ha hecho la ONU a través del Comité de los Derechos del Niño, se sigue encontrando un tipo de trata de personas, así como una especie de alquiler de vientres, en donde las mujeres que participan como gestantes cuentan con estudios hasta de secundaria y tienen una situación económica difícil, en la que encuentran la realización de estas técnicas de reproducción asistida como un área de oportunidad para hacer un patrimonio de tipo económico.

Por otra parte, se advierte que, previo a la suscripción de este tipo de contratos, se realiza un dictamen médico para determinar que la mujer que participará como madre gestante es candidata para participar en un proceso de subrogación gestacional; se anexan al contrato también el certificado médico de infertilidad de la madre contratante y la constancia médica de no embarazo de la gestante; el aviso correspondiente que debe otorgarse a la Secretaría de Salud y a la Dirección del Registro Civil del Estado de Tabasco, y el convenio de recepción de células germinales.

En el caso de la gestación subrogada, se coincide con la doctora Nuria González cuando afirma que es urgente el establecimiento de elementos mínimos para un acuerdo en este tema que en México sea compatible con los derechos humanos, en el que la prioridad sea salvaguardar el interés superior del menor y protegerlo internacional e integralmente; que además se puedan proteger los derechos de la mujer gestante, salud y consentimiento, que no haya requisitos discriminatorios en relación con el acceso; conflictos de intereses con personas que dan servicios de diferente tipo.²⁷

De ahí que, como sostiene la doctora Gisela Pérez Fuentes:

La maternidad subrogada no puede regularse mediante un contrato, toda vez que el contrato es el resultado de un orden jurídico y social que se apoya en el poder de la voluntad privada, en la propiedad y en la certeza del comportamiento ético de las partes, lo que atenta contra el propósito por el que se crearon las técnicas de reproducción asistida, esto es para resolver problemas de esterilidad y/o infertilidad. La maternidad subrogada es un hecho jurídico complejo que debe ser amparado a través de un acto jurídico normativo,

²⁷ González Martín, Nuria, sección Bibliografía: “La maternidad subrogada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 151, enero-abril de 2018, pp. 415-422.

mediante el cual se establezcan las condiciones que determinen la modalidad de estos actos y su licitud, de forma que no queden al libre albedrío de las partes.²⁸

De esta forma, aquellas personas que deseen tener hijos bajo la técnica de gestación subrogada, deben sujetarse a las reglas que establezca el Estado, a través de la Secretaría de Salud, para la celebración del acto jurídico normativo, y no mediante un contrato.

No se pueden obviar los avances científicos en el derecho, es una realidad que prohibir la gestación por sustitución no es la solución, por lo tanto, debe reconocerse en la disciplina que pertenece con carácter interdisciplinario, es decir en el ámbito del “Derecho a la salud”. Por tal motivo, es imprescindible la participación de los comités hospitalarios de bioética, toda vez que, por su carácter interdisciplinario, evitarían la participación de intermediarios en el proceso, así como cualquier intento de comercialización, lo que garantizaría el carácter altruista de quienes participen en este procedimiento médico.

Otro aspecto al que nos enfrentamos en la actualidad, es que debido a la falta de homogeneidad en la legislación mexicana con relación al uso de las técnicas de reproducción asistida, y al darle intervención a los jueces para pronunciarse ante la serie de casos controvertidos que se han presentado en los últimos años, se determinó que la ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el juez se pronuncie al respecto, no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece, y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior.²⁹

²⁸ Pérez Fuentes, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en *id. et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 176.

²⁹ Tesis 1a. LXXXVIII/2019, FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE

Este criterio surgió como consecuencia de un caso suscitado en el estado de Yucatán, en donde el Poder Judicial de la Federación reconoció el derecho de una pareja homosexual a convertirse en padres a través de la gestación subrogada.³⁰ Al no existir legislación en la materia en el estado de Yucatán, en marzo de 2016 el Registro Civil de Yucatán le negó a un matrimonio homosexual de varones la expedición del acta de nacimiento de su menor hijo nacido a través de este procedimiento médico.

La pareja homosexual suscribió un acta compromiso con una mujer, para que ésta se sometiera a tratamiento médico de fertilización asistida (*in vitro*), resultante del espermatozoides de uno de los cónyuges, y el óvulo de una donante anónima, de lo cual nació el 4 de febrero de 2016 el niño que fue llevado para su registro de nacimiento.

En la resolución del 20 de junio de 2016, el juez de Distrito les negó el amparo, pero lo concedió a favor del menor para el efecto de que fuera registrado con un nombre de pila, sin reconocer la filiación con los solicitantes y para efecto de que la Procuraduría de la Defensa del Menor y la Familia del Estado de Yucatán realizara las acciones legales necesarias para establecer la filiación del menor; al estar inconformes, los demandantes interpusieron recurso de revisión y solicitaron que la SCJN ejerciera su facultad de atracción.

La SCJN concedió el amparo para que el menor fuera registrado como hijo de los demandantes, para garantizar la vigencia del derecho del niño a tener una identidad, así como el derecho de los demandantes a su vida privada y procrear mediante las técnicas de reproducción asistida.

En la sentencia se sostuvo que el derecho a convertirse en padre o madre se entiende dado a toda persona, sin distinción en cuanto a preferencia sexual, tal como se prescribe en el artículo 1o. de la Constitución y el 1o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por tanto debe reconocerse el derecho a las parejas homosexuales para acceder a los adelantos de la ciencia en materia de reproducción asistida, y a convertirse en padres o madres a través de esos métodos. Así también, en la sentencia se estableció que fue determinante la voluntad procreacional expresada por la pareja homosexual, y el consentimiento de la madre gestante en cuanto a no reclamar derechos y aceptar que sean el progenitor biológico y su pareja,

LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

³⁰ Al respecto, véase amparo en revisión 53/2017, resuelto el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN.

quienes funjan como padres del menor, y en consecuencia asuman todas las consecuencias derivadas de la filiación.

La Primera Sala consideró que las pruebas rendidas y recabadas creaban la suficiente certeza de que el niño presentado por los quejosos para su registro nació de la aplicación de la técnica de maternidad subrogada, en que uno de ellos aportó el material genético, por lo que hay un lazo de consanguinidad con él, así en consideración al interés superior del menor se estableció la filiación respecto del matrimonio conformado por dos hombres, toda vez que el menor requiere para su adecuado desarrollo contar con todos los derechos prestacionales derivados de la filiación, como son los alimentos, sucesorios, recibir cuidados, educación y afecto, por lo que se ordenó a la Dirección del Registro Civil de Yucatán que expidiera el acta de nacimiento del menor, registrándolo con los apellidos de los quejosos y que estableciera como padres a ambos, y como abuelos a los padres de cada uno de ellos.

Este caso sentó el precedente para reconocer el derecho de las parejas homosexuales para tener hijos a través del uso de las técnicas de reproducción asistida en México;³¹ sin embargo, los operadores jurídicos deben ponderar todos los elementos presentes, prevaleciendo siempre el interés superior del menor, para garantizar su derecho a la identidad, y las consecuencias jurídicas que nacen del establecimiento de su filiación con relación a sus padres.

En el derecho comparado, como ha expresado la profesora Susana Quicios, en España la gestación por sustitución no puede resolverse a través de un contrato. Así mismo, tampoco se resuelve con base en la determinación de la filiación, pues el título que sirve para esto es un contrato cuya eficacia depende de que se cumpla o no. Además, la regulación de la gestación por sustitución no supone la solución, pues la salida de españoles hacia otros Estados que la permiten, en condiciones menos exigentes, conlleva enfrentar el problema del posible reconocimiento de estos menores como hijos de estos nacionales en su país de origen.³²

Debemos tomar en cuenta el trabajo que se está realizando a nivel internacional, con el fin de proteger los derechos de las personas que intervienen en el proceso de gestación subrogada, como lo ha hecho la Conferencia

³¹ Tesis 1a. LXXXVII/2019, DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. LO TIENEN LAS PAREJAS DE MATRIMONIOS HOMOSEXUALES, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

³² Quicios Molina, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero de 2019, pp. 3-46.

de la Haya de Derecho Internacional Privado, en donde a través de un comité de expertos ha realizado diversos estudios e investigaciones sobre el tema; incluso, en la última reunión realizada a inicios de 2019,³³ se coincide en que deben tomarse en cuenta el interés superior del menor y los derechos humanos de todas las partes interesadas, así como la necesidad de dar certeza jurídica de la paternidad en el ámbito internacional, por lo que se recomendó trabajar en la redacción de un instrumento multilateral vinculante sobre el reconocimiento de decisiones judiciales extranjeras, en cuanto a los derechos de paternidad, que permita resolver la problemática que existe en torno a la gestación por sustitución.

VIII. CONCLUSIONES

Una vez analizados los efectos jurídicos, culturales, políticos y sociales de la gestación subrogada en el estado de Tabasco, podemos afirmar que la regulación vigente sobre gestación subrogada en el Código Civil es inconstitucional, discriminatoria y atenta contra la dignidad de las personas, porque si bien se continúan celebrando contratos conforme a lo que establece la normatividad, bajo la apariencia del buen derecho, cumplen en cuanto a forma, no así en cuanto al fondo, toda vez que las mujeres que participan como gestantes cuentan con un nivel educativo mínimo y lo hacen con el objetivo de obtener un beneficio económico.

Las cláusulas que se establecen en los contratos de gestación por sustitución están sujetas a la autonomía de la voluntad de las partes, en las que personas que desean ser padres, celebran contratos con mujeres, aprovechándose de su vulnerabilidad social, cultural y económica, lo que ha propiciado prácticas abusivas que atentan contra la dignidad de la persona en la era de los derechos humanos, como es la venta de un niño.

Además, es inconstitucional y discriminatoria porque se limita a ciudadanos mexicanos; se restringe a que la mujer que posee la incapacidad para la gestación y que desee acceder al uso de este procedimiento médico, debe tener entre 25 y 40 años de edad; la filiación se sigue remitiendo a las reglas de la adopción plena, lo que genera incertidumbre jurídica; es omisa en cuanto al altruismo que debe regir respecto a las personas que intervienen en esta técnica de reproducción asistida, y no se precisa de forma clara la posibilidad de que personas y/o parejas homosexuales puedan acceder o no al uso de este procedimiento médico.

³³ Al respecto, véase <https://assets.hcch.net/docs/55032fc1-bec1-476b-8933-865d6ce106c2.pdf>.

Los aspectos antes mencionados se han judicializado a través de diversas acciones de inconstitucionalidad, juicios de amparo y recursos de revisión, sin embargo, después de tres años de litigio, todavía no existe una posición definida al respecto.

La gestación por sustitución como técnica de reproducción asistida se resuelve a través de su reconocimiento como un acto jurídico normativo, mediante el cual se establezcan las condiciones que determinen la modalidad de estos actos y su licitud, de forma que no quede sujeto a la autonomía de la voluntad de las partes, como se hace actualmente a través de la celebración de un contrato.

Para llevar a cabo este acto jurídico normativo, se requiere adoptar un modelo interdisciplinario, en el que los acuerdos de gestación por sustitución se autoricen a través de la Secretaría de Salud, y se garanticen los derechos de todas las personas que intervienen en este procedimiento médico.

IX. BIBLIOGRAFÍA

- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, sección Bibliografía: “La maternidad subrogada”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 151, enero-abril de 2018.
- OMS, *Glosario de terminología en técnicas de reproducción asistida (TRA)*, rev. y prep. por el International Committee for Monitoring Assisted Reproductive Technology y la Organización Mundial de la Salud, trad. y publicado por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, 2010.
- ONU, Observaciones Finales sobre los Informes Periódicos Cuarto y Quinto Consolidados de México, Comité de los Derechos del Niño, 2015, disponible en https://www.unicef.org/mexico/spanish/CRC_C_MEX_CO_4-5.pdf.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María, “Repensando el derecho civil: la maternidad subrogada como un hecho jurídico complejo”, en *id. et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- QUICIOS MOLINA, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Reus, núm. 1, enero-febrero de 2019.

1. *Legislación*

Código Civil de Tabasco, *Periódico Oficial del Estado*, 9 de abril de 1997. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

Código Familiar del Estado de Sinaloa, *Periódico Oficial*, 6 de febrero de 2013. Última reforma publicada el 21 de febrero de 2018.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, *Diario Oficial de la Federación*, 5 de febrero de 1917. Última reforma publicada el 9 de agosto de 2019.

2. *Jurisprudencia nacional e internacional*

Acción de inconstitucionalidad 16/2016, SCJN.

Amparo en revisión 53/2017, resuelto el 21 de noviembre de 2018 por la Primera Sala de la SCJN.

Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros vs. Costa Rica*, sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Juicio de amparo 18/2017, radicado en el Juzgado Décimo Cuarto de Distrito en Materia Civil de la Ciudad de México.

Juicio de amparo 395/2019, radicado ante el juez séptimo de Distrito en Tabasco.

Juicio de amparo 53/2017, radicado en el Juzgado Segundo de Distrito de Tabasco.

Tesis 1a. LXXVI/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

Tesis 1a. LXXVII/2018, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

Tesis 1a. LXXXVII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

Tesis 1a. LXXXVIII/2019, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 11 de octubre de 2019.

CAPÍTULO TERCERO

EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS PADRES, ABUELOS, HERMANOS, PARIENTES Y ALLEGADOS EN EL ARTÍCULO 160 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

Helena Díez GARCÍA

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Un cambio de perspectiva: de un derecho de los progenitores a un derecho del menor.* III. *La privación de libertad de los progenitores y su incidencia en el derecho de relación del menor.* IV. *El derecho del menor a relacionarse con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados.* V. *Contenido del derecho de visita.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

En el verano de 2015, el legislador español alumbró dos importantes leyes de aspiración complementaria destinadas a modificar en profundidad el régimen jurídico de protección de la infancia.¹

No puede afirmarse que la reforma no fuera esperada ni avisada. Ya desde 2010 existía un sentir favorable para acometer una revisión completa de las instituciones de protección jurídica del menor.² Mención aparte

¹ Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y Ley 26/2015, de 22 de julio.

² El propio legislador, en el Preámbulo de la Ley 26/2015, aludía a que, transcurridos casi 20 años de la aprobación de la LO 1/1996, se habían producido cambios sociales importantes que incidían en la situación de los menores, y que demandaban “una mejora de los instrumentos de protección jurídica, en aras del cumplimiento efectivo del citado artículo 39 de la Constitución y las normas de carácter internacional”.

del informe del Comité de los Derechos del Niño respecto de España³ y de otros informes y textos que fueron luego apareciendo,⁴ ese mismo año, en el Senado,⁵ una Comisión Especial para el Estudio de la Problemática de la Adopción Nacional y otros Temas Afines⁶ daba a conocer sus conclusiones y recomendaciones que luego tuvieron una importante influencia en el texto final de la reforma. De otra parte, en 2012, el Grupo Socialista en el Congreso presentó una Proposición de Ley de Actualización de la Legislación sobre Protección de la Infancia⁷ que acogía también buena parte de esas

³ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención. Entorno Familiar y Modalidades Alternativas de Cuidado, 55o. periodo de sesiones, 2010 (artículos 5,18 —párrafos 1 y 2—, 9 a 11, 19 a 21, 25, 27 —párrafo 4— y 39 de la Convención) —CRC/C/ESP/CO/3-4—.

⁴ Véase así, ONU, Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños, Resolución de la Asamblea General, 64o. periodo de sesiones, 24 de febrero de 2010 (A/RES/64/142); Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 12 (2009) sobre el Derecho del Niño a ser Escuchado, 20 de julio de 2009 (CRC/C/GC/12); Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14); Defensor del Pueblo, *Estudio sobre la escucha y el interés del menor. Revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia*, 2014. Además, véase Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 (Instrumento de Ratificación BOE, núm. 27, 31 de enero de 2014) y Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (Instrumento de Ratificación BOE, núm. 45, 21 de febrero de 2015). Asimismo, no cabe despreciar tampoco la influencia de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña.

⁵ El 1 de octubre de 2008, el Pleno del Senado acordó, por unanimidad de los senadores presentes, la creación de una Comisión Especial para estudiar la problemática de la adopción nacional y los temas afines relacionados con ella, como acogimiento, desamparo e institucionalización. El origen de este acuerdo se encuentra en un escrito de 19 de septiembre de 2008 dirigido a la Mesa del Senado, por parte de 25 senadores, por el que solicitaban la creación de esa Comisión Especial a fin de estudiar “la forma en que las Comunidades Autónomas están solventado los principales problemas que plantea; su relación con la adopción internacional, para conocer si el impacto de su crecimiento en los últimos años ha podido condicionarla; la situación y perspectivas de institucionalización de menores desamparados; la eficacia de las diferentes modalidades de acogimiento; la cooperación entre las distintas administraciones competentes; los efectos de la dilatada institucionalización de los menores en su desarrollo personal; la suficiencia de la normativa actual para hacer frente a los procesos de acogimiento y adopción nacional; y cuantos aspectos afecten directa o indirectamente al interés superior del menor, bien jurídico a proteger”. El 9 de diciembre de 2008 se constituyó la Comisión conformada por 26 miembros. Véase BOCG, Senado, serie I, núm. 545, 17 de noviembre de 2010.

⁶ *Idem*.

⁷ BOCG, Congreso, núm. 83-1, 6 de julio de 2012.

sugerencias en su articulado y que fue rechazada probablemente debido a que, cuando fue formulada, el Gobierno tenía ya ultimados los trabajos preparatorios del Proyecto de Ley que alumbraría la Ley 26/2015 y la Ley Orgánica (LO) 8/2015.⁸ Por tanto, existía un cierto caldo de cultivo propicio y, en cierta medida, un alto grado de consenso, para que fructificara una revisión de la normativa aplicable en la materia.

Aunque siempre será una tarea enormemente ardua alcanzar en esta materia una deseable conciliación de los intereses en conflicto, el legislador, guiado sin duda por la necesidad de otorgar prevalencia al interés del menor frente a cualquier otro que pueda estar en juego,⁹ tal y como así evidenciaba claramente el artículo 2, LO 1/1996,¹⁰ consideró oportuno reformar el artículo 160 del Código Civil español (CC) destinado a establecer el marco jurídico general del derecho de *visita* del menor con su entorno afectivo y familiar de origen.¹¹

⁸ Véase BOCG, *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, núm. 109, 7 de mayo de 2013, p. 1.

⁹ Tal y como así resulta del mismo artículo 3.1 de la Convención de los Derechos del Niño.

¹⁰ El artículo 1.2 de la LO 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y la Adolescencia, entre otras modificaciones, procedió a desarrollar y reforzar *el derecho del menor a que su interés sea prioritario*, ofreciendo una nueva y prolija regulación de dicho interés a través de la nueva redacción del artículo 2 LO/1996, acogiendo, tanto las recomendaciones realizadas por el Comité de los Derechos del Niño, en su informe de 2010 hacia España [Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención. Entorno Familiar y Modalidades Alternativas de Cuidado, 55o. periodo de sesiones, 2010 (artículos 5,18 —párrafos 1 y 2—, 9 a 11, 19 a 21, 25, 27 —párrafo 4— y 39 de la Convención) —CRC/C/ESP/CO/3-4— § 27 y 28.a)], así como por la Comisión Especial, constituida en el Senado para el estudio de la problemática de la adopción y otros temas afines (BOCG, Senado, núm. 545, 17 de noviembre de 2010 (51) —recomendaciones núms. 17 y 18—], cuanto por la Observación General núm. 14 emitida por el Comité de los Derechos del Niño en 2013 [Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14)].

¹¹ El texto vigente de este artículo 160 es el siguiente: “1. Los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial o por la entidad pública en los casos establecidos en el artículo 161. En caso de privación de libertad de los progenitores, y siempre que el interés superior del menor recomiende visitas a aquéllos, la administración deberá facilitar el traslado acompañado del menor al centro penitenciario, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que velarán por la preparación del menor a dicha visita. Asimismo la visita a un centro penitenciario se deberá realizar fuera de horario escolar y en un entorno adecuado para el menor./ Los menores adoptados por otra persona, solo podrán relacionarse con su familia de origen en los términos previstos

Si hiciéramos únicamente caso al legislador en su explicación justificativa a la nueva redacción de este precepto, contenida en el Preámbulo de la Ley 26/2015, llegaríamos a la conclusión de que el alcance reformista que, con esta nueva versión, se pretendía alcanzar, era más bien modesto, pues, según sus propias palabras, lo que se perseguía era ampliar “el derecho del menor a relacionarse con sus parientes incluyendo expresamente a los hermanos”.

No obstante, si bien se mira, la redacción del apartado 1 de este artículo 160, CC, evidencia un giro completo en la concepción de las relaciones entre hijos menores y sus progenitores. Con anterioridad, conforme a la redacción anterior del precepto, eran los progenitores quienes tenían derecho de relacionarse con sus hijos menores.¹² Ahora, en cambio, son esos hijos menores quienes tienen el derecho a relacionarse con sus padres. Este cambio resulta elocuente, en cuanto expresa, como se verá, un determinado modo de fundar dichas relaciones.

II. UN CAMBIO DE PERSPECTIVA: DE UN DERECHO DE LOS PROGENITORES A UN DERECHO DEL MENOR

Tal y como se ha advertido, la vigente redacción de este artículo 160, CC, por obra de la Ley 26/2015, supuso un giro completo en el modo de entender estas relaciones, pues ya no es sólo un derecho de los padres el relacionarse con sus hijos menores, tal y como así establecía la redacción pretérita de este precepto, sino que es un derecho que se reconoce y se atribuye a los propios me-

en el artículo 178.4./ 2. No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del menor con sus hermanos, abuelos y otros parientes y allegados./ En caso de oposición, el Juez, a petición del menor, hermanos, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre hermanos, y entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

¹² Con anterioridad a su reforma por la Ley 26/2015, el tenor del artículo 160, CC, era el siguiente: “Los progenitores, aunque no ejerzan la patria potestad, tienen el derecho de relacionarse con sus hijos menores, excepto con los adoptados por otro o conforme a lo dispuesto en resolución judicial./ No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados./ En caso de oposición, el juez, a petición del menor, abuelos, parientes o allegados, resolverá atendidas las circunstancias. Especialmente deberá asegurar que las medidas que se puedan fijar para favorecer las relaciones entre abuelos y nietos, no faculten la infracción de las resoluciones judiciales que restrinjan o suspendan las relaciones de los menores con alguno de sus progenitores”.

nores.¹³ Este cambio resulta significativo, en cuanto que expresa una nueva óptica desde la cual fundamentar jurídicamente esas relaciones que acomoda nuestro derecho interno al texto de los instrumentos jurídicos internacionales en materia de reconocimiento de derechos al niño,¹⁴ pero también evidencia que, quizá ahora más claramente, el contenido del nuevo artículo 160, CC, desborda el estricto ámbito de la patria potestad en el que sistemáticamente se ubica el precepto.

En su versión anterior, el artículo 160, CC, comenzaba efectuando un reconocimiento a favor de todo progenitor, incluso al no ejerciente de potestad alguna, de un genérico derecho a relacionarse con sus hijos menores. Con esta declaración, se pretendía por el legislador aclarar que el progenitor no conviviente con el hijo tenía derecho a que se mantuviera viva la relación paterno-filial. De este modo, este precepto se cohonestaba con las previsiones contenidas en los artículos 90 A), 91, 94 y 103.1, CC, en sede de nulidad matrimonial, separación y de divorcio.

Teniendo en cuenta la ubicación sistemática del precepto y su relación con estas otras disposiciones, cabía considerar que ese derecho de visita o de relación era uno más de los derechos-deberes que integran el contenido de la patria potestad que se conectaba directamente con el derecho-deber de vela. De este modo, resultaba posible concebir que su fundamento último descansaría en el mismo artículo 39.3 de la Constitución Española (CE).¹⁵

Sin embargo, engarzar este derecho de visita con el contenido de la patria potestad del modo expuesto, presentaba toda una serie de dificultades y resultaba problemática. En primer lugar, porque el artículo 160, CC, reconocía también este derecho a personas que no ostentan la patria potestad, tales como abuelos, parientes y otros allegados. En segundo lugar, porque si se concebía estrictamente el derecho de visita como un derecho-deber instrumental al servicio del deber de vela, resultaría del todo evidente que este derecho se expandiría más allá del contenido de esta función tuitiva, puesto que, como es conocido, el artículo 110, CC,¹⁶ reconoce aquel derecho-deber

¹³ Véase artículo 60 Código del Derecho Foral de Aragón y artículo 38 de la Ley 14/2010, de 27 de mayo, de Normas Regulatoras de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña.

¹⁴ Artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOUE, núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992) y artículo 24.3 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales.

¹⁵ “3. Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”.

¹⁶ En ese sentido, véase Quicios, Susana, “Comentario a los artículos 108 a 111, CC”, en Bercovitz, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4a. ed., Thomson Reuters-Aranzadi,

incluso a progenitores que no ostentan la patria potestad.¹⁷ Cuestión distinta es que, en atención a las causas que hubieran motivado esa privación, fuera conveniente, en interés del menor, suprimirlas o restringirlas.¹⁸ Sin embargo, esa ligazón entre derecho de visitas y filiación seguía sin justificar el reconocimiento de este derecho a favor de personas que no ostentan ningún vínculo de esta índole con el menor; vínculo que ni siquiera lo es de parentesco en algunos casos (*allegados*).

Con la redacción de 2015 de este artículo 160, CC, las tornas han cambiado desde los progenitores hacia el menor. Ahora, él es el foco de atención y es *su* derecho el relacionarse con sus padres o con otros parientes y allegados. Y, es, desde su perspectiva, donde ese derecho de relación encuentra su auténtica justificación.

El artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño reconoce y obliga a los Estados parte respetar “*el derecho del niño* que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”. Por su parte, el artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño (DOUE, núm. C 241, de 21 de septiembre de 1992) establece que “en caso de separación de hecho, separación legal, divorcio de los padres o nulidad del matrimonio, *el niño tiene derecho* a mantener contacto directo y permanente con los dos padres, ambos con las mismas obligaciones, incluso si alguno viviese en otros país, salvo si el órgano competente de cada Estado miembro lo declarase incompatible con la salvaguarda de los intereses del niño”. Además, el artículo 24.3 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales declara que “*todo niño tiene derecho* a mantener de forma periódica relaciones personales y contactos directos con su padre y con su madre, salvo si ello es contrario a sus intereses”.

Parece evidente que el derecho de visita más que un derecho de los progenitores, de los parientes o de los allegados, es concebido como un derecho del propio menor que se relaciona también con su derecho a la vida familiar, con su derecho a crecer y ser educado en el ámbito de su propia familia y, en definitiva, con su derecho al libre desarrollo de su personalidad, para el que pueden resultar necesarios los contactos con otras personas distintas a sus progenitores o a sus guardadores legales, y cuya activación por el pro-

2013, p. 242; Ballesteros, María, “Comentario a los artículos 154 a 180, CC”, en Bercovitz, Rodrigo (coord.) *Comentarios al Código Civil*, 4a. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2013, p. 294.

¹⁷ Como así dio a entender la STS 30.4.1991 (RJ 1991, 3108).

¹⁸ Rivero Hernández, Francisco, *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 93. En parecido sentido, Roca I Triás, Encarna, “Comentario al artículo 94, CC”, *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, t. I, p. 394.

pio menor resultaría factible a partir de lo dispuesto en el artículo 158, CC (o del artículo 216, CC).¹⁹ En esa medida, debe valorarse positivamente el cambio de perspectiva que la nueva redacción de este precepto evidencia.

Engarzado de esta forma este derecho del menor a la vida familiar en el ámbito del artículo 18, CE, y en última instancia, en el artículo 10, CE,²⁰ su contenido comprende otros lazos “familiares” de hecho distintos a los matrimoniales o a los estrictamente paterno-filiales, bastando, pues, la mera existencia de *vínculos personales estrechos*.²¹ Desde esta perspectiva, en la interpretación de los artículos 160 y 161, CC, debe atribuirse al concepto de “familia” un sentido amplio,²² tal y como en ese sentido aconseja entender el Comité de los Derechos del Niño.²³ Y así también parece asumirlo el legislador de 2015. Buena prueba de esto es que, ahora tras la reforma, entre

¹⁹ Téngase en cuenta que, en el supuesto en que existiera un conflicto de interés con sus representantes legales (titulares de la patria potestad o de la tutela) resultaría obligado el nombramiento de un defensor judicial (artículos 163, CC; 2.5 de la LO 1/1996 y 27 a 32 de la LJV).

²⁰ No obstante, téngase en cuenta que el ATC 47/2009 de 13 de febrero (RTC 2009, 47 Auto) identifica, como bienes fundamentales en juego en los procedimientos de desamparo, acogimiento y adopción, al derecho a la integridad moral del menor subsumible en el artículo 15, CE.

²¹ Véase SSTDEH 12.7.2001 —*caso K.T contra Finlandia*— (TEDH 2001, 467) y 1.6.2004 —*asunto Lebbink contra Holanda*— (JUR 2004, 185243). Por eso, el TEDH entiende que la *vida familiar* “incluye al menos los vínculos con los parientes cercanos, tales como el de abuelos y nietos [S.13.6.1979 —*asunto Marckx contra Bélgica*— (TEDH 1979, 2)]. Asimismo, véase SSTEDH 13.7.2000 —*asunto Elsholz contra Alemania*— (TEDH 2000, 15216); 3.12.2009 —*asunto Zaunegger contra Alemania*— (JUR 2009, 473440); 17.1.2012 —*asunto Kopf and Liberda contra Austria*— (JUR 2012, 14910); 12.2014 —*asunto Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica*— (TEDH 2014, 101); 20.1.2015 —*asunto Manuella y Nevi contra Italia*— (TEDH 2015, 16); 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89)./ Estima el TEDH que el derecho a la *vida privada* incluye “el derecho de la persona a desarrollar relaciones con sus semejantes” [STEDH 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17)]; 5.3.2019 —*asunto Bittoun contra Moldavia*— (TEDH 2019, 37) respecto al derecho de relación entre progenitor biológico e hijo no reconocido por aquél].

²² Por ejemplo, con base en esos vínculos afectivos, la STS 14.9.2018 (RJ 2018, 5140) estimó, en interés del menor, que había de ser otorgada la guarda a la tía materna de una menor tras el fallecimiento de su madre en detrimento del progenitor con el que apenas había tenido contacto, sin perjuicio de establecer un régimen de visitas paulatino a favor de éste.

²³ Conviene así advertir que, para el Comité de los Derechos del Niño (2013) [Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013 (CRC/C/GC/14), § 59], el término “familia” debe interpretarse en un sentido amplio o la comunidad, según establezca la costumbre local (artículo 5). De otra parte, no conviene tampoco obviar que el Tribunal Constitucional considera, al interpretar el artículo 39.1, CE,

los sujetos con los que el menor tiene derecho a relacionarse se mencionen expresamente, referencia aparte a los padres, abuelos, hermanos,²⁴ parientes y allegados a quienes hacen alusión los artículos 160 y 161, CC, a los ex acogedores familiares del menor (artículo 20 bis 1 m., LO 1/1996)²⁵ e, incluso, se abre la posibilidad de una relación del menor con sus exparientes, tras su adopción por otra familia, tal y como así se prevé para la denominada *adopción abierta* en el artículo 178.4, CC.²⁶

En consecuencia, resulta posible afirmar que este derecho de relación y comunicación pretende salvaguardar unos vínculos de afecto, unas relaciones personales que el derecho de visita pretende potenciar para así favorecer el pleno desarrollo de la personalidad del menor, por lo que también a tal fin se ha de reconocer legitimación para hacerlo efectivo a las personas que han protagonizado o protagonizan esa corriente de afecto.²⁷

Éste es, de otra parte, el entendimiento que, de este derecho de visita, acoge el Tribunal Supremo, al manifestar (S. 12.5.2011 —RJ, 2011, 3280—) que “el niño no puede ver recortada la relación y comunicación con personas que le son próximas humana y afectivamente”. Por tanto, “el interés del menor obliga a los Tribunales a decidir que el niño tiene derecho a relacionarse con los miembros de su familia, con independencia de que entre ellos existan o no lazos biológicos”, puesto que, como se llega a aclarar en la STC, 176/2008, de 22 de diciembre (RTC, 2008, 176), así como en la STS, 11.2.2011 (RJ, 2011, 2311), ese derecho de relación contribuye “al desarrollo de la personalidad afectiva de cada uno de ellos”.

Por tanto, el derecho del menor a relacionarse con sus padres, abuelos, parientes y otros allegados encuentra de esta forma su justificación. Pero también ese mismo respeto a la vida privada y familiar, y ese derecho a las relaciones personales (artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos —CEDH—), ha de reconocerse a estos padres, a estos abuelos, a

que este precepto no constriñe el concepto de “familia” al que este precepto se refiere [véase, por ejemplo, SSTC 222/1992 (RTC 1992, 222) y 74/1997 de 21 abril (RTC 1997, 74)].

²⁴ La referencia expresa a los hermanos constituye una novedad introducida en el texto de los artículos 160 y 161 por la Ley 26/2015.

²⁵ Véase STEDH 17.1.2012 —*asunto Kopf and Liberta contra Austria*— (JUR 2012, 14910) en la que se aprecia que se ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, ante la denegación a los antiguos acogedores familiares de un menor de toda relación con él una vez alcanzada la reinserción familiar.

²⁶ Sobre el particular, véase Sabater Bayle, Elsa, “La adopción abierta”, en Cabedo, Vicente y Ravetllat, Isaac (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, 325-328.

²⁷ Véase las consideraciones que, sobre este particular, realizaba Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 376.

esos hermanos y a esos parientes y allegados, aunque tales derechos resulten modulados por el necesario respeto que merecen los derechos del menor y su misma personalidad, tal y como así resulta claramente de lo dispuesto en el artículo 2, LO 1/1996.

Por eso mismo, no pueden verse estos derechos como meros derechos subjetivos atribuidos para la satisfacción del interés del titular, sino que participan de la naturaleza de los derechos-función que, por eso, resultan subordinados en su ejercicio, al interés del menor.²⁸ En esa línea, cabe defender que los derechos del artículo 160, CC, constituyen un “complejo de derechos-deberes cuyo adecuado cumplimiento tiene por finalidad satisfacer las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras de un desarrollo armónico y equilibrado”; derecho claramente subordinado al interés del menor.²⁹ Por esto, ese derecho que puede encuadrarse “entre los de la personalidad y que se fundamenta principal, aunque no exclusivamente, en una previa relación familiar entre visitante y visitado”,³⁰ puede también resultar restringido en atención al interés del menor.

En esa dirección, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) se ha mostrado constante a la hora de encuadrar ese derecho de visita o ese derecho de relación en el ámbito *del derecho a la vida privada y familiar* que el artículo 8, CEDH, reconoce y garantiza.³¹ Sostiene, así, que este precepto que “tiende esencialmente a prevenir contra las injerencias arbitrarias de los poderes públicos, pone a cargo del Estado obligaciones positivas inherentes al respecto efectivo de la vida familiar”.³² Por

²⁸ *Ibidem*, p. 394.

²⁹ SAP Córdoba 13.5.2004 (JUR 2004, 199432).

³⁰ *Idem*.

³¹ Entre otras, véase SSTEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH 2002, 72); 23.9.2003 —*asunto Hansen contra Turquía*— (TEDH 2003, 54); 23.6.2005 —*asunto Zawadka contra Polonia*— (TEDH 2005, 69); 13.7.2006 —*asunto Lafargue contra Rumania*— (JUR 2006, 204580); 28.2.2008 —*asunto Andelova contra República Checa*— (JUR 2008, 64114); 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH 2010, 82); 2.9.2010 —*asunto Mincheva contra Bulgaria*— (TEDH 2010, 91); 2.11.2010 —*asunto Piazzzi contra Italia*— (JUR 2010, 360648); STEDH 24.5.2011 —*asunto Saleck Bardi contra España*— (TEDH 2011, 50); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 14.11.2014 —*caso Tocarenco contra República de Moldavia*— (JUR 2014, 266947).

³² Véase entre otras, SSTEDH 22.6.1989 —*asunto Ericsson contra Suecia*— (TEDH 1989, 12); 26.5.1994 —*asunto Keegan contra Irlanda*— (TEDH 1994, 21); 25.1.2000 —*caso Ignaccolo-Zenide vs. Rumania*— (TEDH 2000, 14); 12.7.2001 —*caso K. y T. contra Finlandia*— (TEDH 2001, 467); 26.2.2002 —*caso Kutzner contra Alemania*— (JUR 2002, 90046); 24.2.2009 —*asunto Errico contra Italia*— (TEDH 2009, 26); 13.10.2009 —*asunto Costreie contra Rumania*— (TEDH 2009, 105); 8.6.2010 —*asunto Wojciech Nowark contra Polonia*— (JUR 2010, 189508); 18.10.2011 —*asunto Lyubenova contra Bulgaria*— (TEDH 2011, 83); 20.12.2011 —*asunto Prodelalova contra*

tanto, “donde la existencia de un vínculo familiar ha sido probada, el Estado debe en principio actuar de manera que permita que dicho vínculo se desarrolle”.³³

De este modo, se ha mostrado constante a la hora de defender que el artículo 8, CEDH (*derecho a la vida privada y familiar*), ampara el derecho de todo padre o madre a que se adopten las medidas adecuadas que les permitan reunirse con sus hijos y la obligación de las autoridades públicas de adoptar estas medidas,³⁴ por lo que corresponde a cada Estado dotarse del

República Checa— (TEDH 2011, 111); 10.4.2012 —*asunto Pontes contra Portugal*— (JUR 2012, 128599); 12.4.2011 —*asunto Gluhakovic contra Croacia*— (JUR 2011, 113684); 3.11.2011 —*asunto Kuscuglu contra Turquía*— (TEDH 2011, 91); 11.12.2012 —*asunto Ball contra Andorra*— (TEDH 2012, 118); 13.11.2012 —*asunto Y.U. contra Rusia*— (JUR 2012, 353636); STEDH 17.1.2012 —*asunto Kopf and Liberda contra Austria*— (JUR 2012, 14910) 8.1.2013 —*asunto Qama v. contra Albania*— (TEDH 2013, 3); 18.6.2013 —*asunto RMS contra España*— (TEDH 2013, 60); 7.3.2013 —*asunto Raw y otros contra Francia*— (JUR 2013, 72819); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 16.9.2014 —*asunto P.F. contra Polonia*— (JUR 2014, 227328); 15.4.2014 —*asunto Krasicki contra Polonia*— (JUR 2014, 117850); 14.11.2014 —*caso Tocarenco contra República de Moldavia*— (JUR 2014, 266947); 2.4.2015 —*asunto Ribic contra Croacia*— (JUR 2015, 97675); 13.1.2015 —*asunto Eugeniu Manic contra República de Lituania*— (JUR 2015, 9790); 20.1.2015 —*asunto Manuello y Nevi contra Italia*— (TEDH 2015, 16); 16.4.2015 —*asunto Mitovi contra República de Macedonia*— (JUR 2015, 108224); 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 16.7.2015 —*asunto Mamchur contra Ucrania*— (JUR 2015, 185811); 17.11.2015 —*asunto Bondavalli contra Italia*— (JUR 2015, 272074); 28.4.2016 —*asunto Cincimino contra Italia*— (JUR 2016, 85031); 23.6.2016 —*asunto Strumia contra Italia*— (JUR 2016, 190371); 10.1.2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89); 30.1.2017 —*asunto Ónodi contra Hungría*— (JUR 2017, 143009); 23.3.2017 —*asunto Endrìzzi contra Italia*— (JUR 2017, 84851); 4.5.2017 —*asunto Improta contra Italia*— (JUR 2017, 104468); 3.7.2018 —*asunto N. contra Rumania*— (JUR 2018, 183014); 13.6.2019 —*asunto Begović contra Croacia*— (JUR 2019, 184501).

³³ SSTEDH 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444). 15.4.2014 —*asunto Krasicki contra Polonia*— (JUR 2014, 117850).

³⁴ Entre otras, véase SSTEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH 2002, 72); 23.9.2003 —*asunto Hansen contra Turquía*— (TEDH 2003, 54); 23.6.2005 —*asunto Żawadka contra Polonia*— (TEDH 2005, 69); 13.7.2006 —*asunto Lafargue contra Rumania*— (JUR 2006, 204580); 28.2.2008 —*asunto Anđelova contra República Checa*— (JUR 2008, 64114); 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH 2010, 82); 2.9.2010 —*asunto Mincheva contra Bulgaria*— (TEDH 2010, 91); 2.11.2010 —*asunto Piazzzi contra Italia*— (JUR 2010, 360648); 24.5.2011 —*asunto Saleck Bardi contra España*— (TEDH 2011, 50); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 18.6.2013 —*asunto R.M.S. contra España*— (TEDH 2013, 60); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 14.11.2014 —*caso Tocarenco contra República de Moldavia*— (JUR 2014, 266947); 10.1.2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7).

arsenal jurídico adecuado y suficiente³⁵ para garantizar el cumplimiento de estas obligaciones positivas.³⁶

Este derecho despliega también su virtualidad en aquellos asuntos en los que entre ambos progenitores y/o otros miembros de la familia de esos menores surgen disputas sobre el contacto entre ellos y/o con su residencia.³⁷ En esa medida, estima que “para un padre y su hijo, estar juntos representa un elemento fundamental de la vida familiar, aun cuando se haya roto la relación entre los padres”³⁸ o que “el goce conjunto por parte de los padres y de los hijos de la compañía del otro constituye un elemento fundamental de la vida de familia, incluso aunque las relaciones entre los padres se hayan roto”.³⁹

El TEDH sostiene así que la falta de cooperación entre los padres que no viven juntos no es una circunstancia que en sí misma permita eximir a las autoridades de sus obligaciones positivas que derivan de ese artículo 8, CEDH. Al contrario, les impone la obligación de adoptar las medidas adecuadas que reconcilien los intereses en conflicto, teniendo siempre presente la necesidad de proteger ante todo los intereses del menor,⁴⁰ tales como, imponerles seguir una terapia familiar, recibir ayuda psicológica o facilitar los encuentros en el seno de una estructura especializada.⁴¹ La adecuación de esa medida puede evaluarse, entre otros criterios, por la rapidez de la ejecución de una resolución judicial⁴² que reconozca esas relaciones del menor

³⁵ Por ejemplo, véase SSTEDH 20.12. 2011 —*asunto Prodelalová contra República Checa*— (TEDH 2011, 111); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807).

³⁶ SSTEDH 18.6.2013 —*asunto R.M.S. contra España*— (TEDH 2013, 60); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444).

³⁷ STEDH 23.6.2005 —*asunto Żawadka contra Polonia*— (TEDH 2005, 69).

³⁸ SSTEDH 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH 2010, 82); 23.3.2017 —*asunto Endrizzi contra Italia*— (JUR 2017, 84851); 4.5.2017 —*asunto Improta contra Italia*— (JUR 2017, 104468).

³⁹ SSTEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH 2002, 72); 10.1.2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7).

⁴⁰ STEDH 23.6.2005 —*asunto Żawadka contra Polonia*— (TEDH 2005, 69). Véase SSTEDH 4.9.2014 (JUR 2014, 223068); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 23.6.2016 —*asunto Strumia contra Italia*— (JUR 2016, 190371); 10.1.2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7); 23.3.2017 —*asunto Endrizzi contra Italia*— (JUR 2017, 84851); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89).

⁴¹ STEDH 2.11.2010 —*asunto Piazzzi contra Italia*— (JUR 2010, 360648).

⁴² Cfr. STC 1.2.2016 —recurso de amparo 2937-2015—. SSTEDH 23.3.2017 —*asunto Endrizzi contra Italia*— (JUR 2017, 84851); 4.5.2017 —*asunto Improta contra Italia*— (JUR 2017, 104468); 5.3.2019 —*asunto Bittoun contra Moldavia*— (TEDH 2019, 37).

con sus progenitores, pues el paso del tiempo genera irremediables efectos en su desenvolvimiento.⁴³

No obstante, aunque esas autoridades deben esforzarse para facilitar dicha cooperación, también tienen la obligación de recurrir a la coerción, teniendo en cuenta los derechos e intereses de todos los implicados, y principalmente los del menor.⁴⁴ En consecuencia, para determinar si existe o no infracción del artículo 8, CEDH, resulta preciso analizar si el poder público puso o no en marcha todos los medios necesarios para mantener el vínculo familiar, y para impedir que la situación de hecho tornara en irreversible.⁴⁵

De este modo. “la obligación de las autoridades nacionales de tomar medidas para facilitar la reunión no es absoluta, puesto que la reunión de un progenitor con los hijos que han vivido durante algún tiempo con el otro progenitor tal vez no pueda producirse de forma inmediata y puede exigirse que se tomen medidas preparatorias”;⁴⁶ medidas que dependerán también de las circunstancias en cada caso concreto, teniendo en cuenta el interés del menor.⁴⁷

III. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE LOS PROGENITORES Y SU INCIDENCIA EN EL DERECHO DE RELACIÓN DEL MENOR

A través del reconocimiento del derecho de relación del menor con sus progenitores y otros parientes y allegados, se consideró oportuno, por el legislador

⁴³ SSTEDH 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 3.7.2018 —*asunto N contra Rumania*— (JUR 2018, 183014); 13.6.2019 —*asunto Begović contra Croacia*— (JUR 2019, 184501).

⁴⁴ SSTEDH 23.9.2003 —*asunto Hansen contra Turquía*— (TEDH 2003, 54); 28.2.2008 —*asunto Andelova contra República Checa*— (JUR 2008, 64114); 2.9.2010 —*asunto Mincheva contra Bulgaria*— (TEDH 2010, 91); 2.11.2010 —*asunto Piazzi contra Italia*— (JUR 2010, 360648); 7.3.2013 —*asunto Raw y otros contra Francia*— (JUR 2013, 72819); 17.12.2013 —*asunto Nicolò Santilli contra Italia*— (JUR 2013, 376762); 4.9.2014 —*asunto Drenk contra República Checa*— (JUR 2014, 223068); 14.11.2014 —*caso Tocarenco contra República de Moldavia*— (JUR 2014, 266947); 30 mayo 2017 —*asunto Ónodi contra Hungría*— (JUR 2017, 143009); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89); 13.6.2019 —*asunto Begović contra Croacia*— (JUR 2019, 184501).

⁴⁵ Incluso adoptando medidas apropiadas a la discapacidad auditiva del progenitor visitante. Véase STEDH 10 enero 2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7).

⁴⁶ SSTEDH 24.5.2011 —*asunto Saleck Bardi contra España*— (TEDH 2011, 50); 4.5.2017 —*asunto Improta contra Italia*— (JUR 2017, 104468); 30 mayo 2017 —*asunto Ónodi contra Hungría*— (JUR 2017, 143009); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89).

⁴⁷ STEDH 23.9.2003 —*asunto Hansen contra Turquía*— (TEDH 2003, 54). Véase también STS 18.11.2017 (RJ 2017, 5082).

de 2015, incluir una referencia al ejercicio de este derecho en un entorno hostil para cualquier persona y, particularmente, para un menor de edad, como es el penitenciario.

En verdad, esta mención al ejercicio del derecho del menor con sus progenitores privados de libertad no figuraba en el texto del Proyecto de Ley que el Gobierno presentó⁴⁸ —de ahí que se pueda justificar el olvido a toda mención a este extremo en el Preámbulo de la Ley 26/2015—. Su inclusión resulta imputable a la enmienda núm. 218 que el grupo parlamentario catalán presentó en el Congreso, justificándose esta adición en la necesidad de que la administración tuviera en cuenta la situación de estos menores; quienes, en opinión de los postulantes, “suelen ser los grandes olvidados”.⁴⁹

Efectivamente, los menores cuyos progenitores están presos pueden ser reputados como reclusos o convictos colaterales.⁵⁰ Su problemática fue incluso el tema del Día de Debate General 2011 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, celebrado en Ginebra, el 31 de septiembre de ese año, y no faltan referencias al tema en diversos instrumentos internacionales en la materia,⁵¹ como en las denominadas Reglas de Bangkok.⁵²

Pero tampoco cabe obviar que, como expresa la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH) 21.3.2019 —*caso Bigun contra Ucrania*, TEDH 2019, 53— aunque la reclusión, al igual que cualquier otra medida que prive a una persona de su libertad, entraña limitaciones

⁴⁸ BOCG, Congreso, núm. 131-3, 27 de febrero de 2015, p. 28.

⁴⁹ BOCG, Congreso, núm. 131-3, 12 de mayo de 2015, p. 135.

⁵⁰ Terminología utilizada en Robertson, Oliver, *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011. Publicaciones sobre los Refugiados y los Derechos Humanos*, Quaker United Nations Office, agosto de 2012, disponible en http://www.quno.org/sites/default/files/resources/ESPAÑOL_Collateral%20Convicts_Recommendations%20and%20good%20practice.pdf.

⁵¹ De otra parte, tanto en las Directrices (ONU) sobre Cuidado Alternativo de Niños (2009) —§ 47—, cuanto en la Observación General Número 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño —§ 69—, aconsejan valorar la aplicación de penas privativas a padres, tutores o cuidadores de menores que hubieran cometido un delito, teniendo en cuenta los posibles efectos que puedan tener las distintas condenas en el interés superior del niño o de los niños afectados.

⁵² Resolución aprobada por la Asamblea General 65/229 [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/65/457)]. Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok). Véase regla 26. En particular, la Regla 28 establece que, “las visitas en que se lleve a niños se realizarán en un entorno propicio, incluso por lo que atañe al comportamiento del personal, y en ellas se deberá permitir el libre contacto entre la madre y su hijo o sus hijos. De ser posible, se deberán alentar las visitas que permitan una permanencia prolongada con ello”.

inherentes a la vida privada y familiar de un recluso, “es una parte esencial del derecho de un recluso al respeto de la vida familiar que las autoridades le permitan o, si fuera necesario, le ayuden a mantener el contacto con su familia más próxima”.⁵³ En esa medida, los Estados tiene la obligación de impedir la ruptura de los vínculos familiares de los reclusos, incluso si estos reclusos están condenados a cadena perpetua.

Sin duda, el legislador ha sido atento con el interés de estos menores que debe entenderse como interés a no perder su relación con sus progenitores. No obstante, su redacción introduce algunos interrogantes que conviene analizar.

El segundo inciso del apartado 1 del artículo 160, CC, supedita esa relación al propio interés del menor —interés que deberá ser concretado al supuesto particular con los elementos y criterios generales que ahora precisan los apartados 2 y 3 del artículo 2, LO 1/1996—. Hay que suponer que será el juez, en su caso, quien determine la conveniencia o no de tales visitas, de acuerdo con ese interés con el que habrá de fundar su decisión.

Si se estima que tales visitas no perjudican ese interés, éstas tendrán lugar, lógicamente, en el centro penitenciario en un *entorno adecuado*, al margen del horario escolar —lo que se coherente con la previsión general del artículo 15, LO 1/1996—. Por eso mismo, habrá que entender que la dirección del establecimiento habrá de estar atento a esta circunstancia a la hora de fijar los horarios de celebración de visitas (*cf.* artículo 45.4 del RD 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario).

Ahora bien, fuera de estos buenos propósitos, no hay que obviar que el progenitor está sujeto al régimen penitenciario en el que *las comunicaciones* pueden estar limitadas, por razones de seguridad, de interés de tratamiento y del buen orden del establecimiento (artículo 51.2, LOGP),⁵⁴ y ser intervenidas o suspendidas (artículo 51.5, LOGP).

Atendiendo a que el interés del menor ha de reputarse prioritario (artículo 2, LO 1/1996), habrá de entenderse que éste primará incluso frente a estos motivos impeditivos de la relación a efectos de prohibir toda relación del progenitor con el menor. También obligará a flexibilizar las posibles restricciones de estas relaciones.

Eso sí, conforme al régimen penitenciario, las *visitas* de familiares han de desarrollarse en *locales anexos especialmente adecuados* (artículo 53, LOGP) que pueden ser reputados como los entornos adecuados a los que se refiere el artículo 160, CC.

⁵³ Véase igualmente, STEDH 16.5.2017 —*asunto Pakhtusov contra Rusia*— (TEDH 2017, 44).

⁵⁴ Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria.

Sin embargo, también hay que tener en cuenta que estas visitas resultan regladas por el Reglamento Penitenciario (RP) aprobado por el RD 190/1996, de 9 de febrero. Aparte de las visitas generales, el artículo 45.5, RP, admite con previa solicitud del interesado que se pueda conceder una vez al mes como mínimo una comunicación del recluso con sus familiares y allegados; visitas que han de celebrarse en *locales adecuados*, y cuya duración no puede ser superior a tres horas ni inferior a una. Además, conforme al artículo 45.6, RP, y también previa solicitud del interesado, se pueden conceder *visitas de convivencia a los internos* con su cónyuge o persona ligada por semejante relación de afectividad e hijos que no superen los diez años. Estas comunicaciones también han de celebrarse en *locales o recintos adecuados* con una duración máxima de seis horas.

En el desarrollo de estas visitas se deberá respetar la intimidad del menor; en particular, a la hora de que el personal del centro realice el control y los registros a los que alude el artículo 68, RP (véase artículo 45.7, RP).

El artículo 160, CC, exige que el *traslado* para esas visitas las realice el menor *acompañado*; traslado que ha de ser facilitado por la administración. Pero, en su dicción, hace alusión a que la competencia para designar a esa persona —un familiar o un profesional— la ostenta la *administración competente*. Entonces cabe preguntarse a qué administración se refiere este precepto. ¿A la administración penitenciaria? ¿A la entidad pública?

Si entendemos que esa administración pública es la entidad pública, cabría cuestionarse el acierto del legislador de incluir esa referencia en este concreto precepto, pues lo lógico hubiera sido que la mención a este derecho de relación se contuviera en el artículo 161, CC, que regula el derecho del menor desamparado con su entorno afectivo de origen. La génesis del precepto abona esta interpretación, pues en la justificación de la enmienda que lo alumbró se hacía referencia expresa a *menores desamparados*.⁵⁵

También cabría entender que la administración competente para intervenir sería aquella que igualmente estaría legitimada para intervenir en el ámbito familiar, por reputarse que la circunstancia que rodea al progenitor del menor coloca a éste en una situación de *riesgo* (artículo 17, LO 1/1996).

No obstante, debe tenerse presente que la administración que en verdad “organiza” las visitas es la penitenciaria. Y es a ésta a quien le incumbe, en su caso, flexibilizar el régimen de reclusión en aras de favorecer el interés del menor. Éste, creo, es el fin de la norma. Y, por tanto, es a esta administración a quien competará garantizar el adecuado desarrollo de las visitas, compatibilizando los derechos del menor con el régimen peniten-

⁵⁵ BOCG, Congreso, Núm. 131-3, 12 de mayo de 2015, p. 135.

ciario. Siendo así, será ésta la administración competente a la que se refiere este artículo 160, CC, sin perjuicio de la intervención de la entidad pública cuando ostente la tutela o la guarda del menor o de la actuación de la administración correspondiente *ex* artículo 17, LO 1/1996, en el caso de que el menor se encuentre en una situación de *riesgo*.

Atendiendo al fundamento del derecho de relación del menor con sus progenitores, no debe verse inconveniente en extender el ámbito de las relaciones, en estos particulares casos y siempre que el interés del niño lo aconseje, a otros parientes o allegados en prisión.

IV. EL DERECHO DEL MENOR A RELACIONARSE CON SUS HERMANOS, ABUELOS Y OTROS PARIENTES Y ALLEGADOS

El apartado 2 del 160, CC, efectúa un reconocimiento del derecho del niño a relacionarse con sus hermanos, abuelos, parientes y otros allegados, y el también correlativo derecho de estas personas para mantener comunicación con él.

Tal y como ya se advirtió, una de las novedades introducidas por la Ley 26/2015 en el texto de este artículo 160, CC, consistió precisamente en la adición de los hermanos al elenco de las personas con las que el menor tiene derecho a relacionarse.

Resulta evidente que, tras los padres, son los abuelos los parientes más próximos en grado del menor en línea recta, y con los que, con mayor probabilidad, habrá desarrollado una corriente de afecto que seguramente resultará recíproca. Por eso mismo, el Tribunal Supremo ha venido considerado que no cabe desconocer el legítimo derecho de los abuelos a tener un estrecho contacto personal con quien les une una relación de parentesco tan próxima que justifica un especial afecto.⁵⁶ Incluso las ha admitido, cuando la redacción anterior de este precepto, que en su momento efectuó la Ley 21/1987, ni siquiera les mencionaba, al entender que podían resultar implícitamente citados en la referencia a los parientes que esa disposición utilizaba. No obstante, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, incluyó ya expresamente a los abuelos en el ámbito de este artículo 160, CC, para así disipar cualquier duda al respecto.⁵⁷

⁵⁶ SSTS 27.7.2009 (RJ 2009, 4577) y 19.11.2013 (RJ 2013, 7447).

⁵⁷ El TEDH [S. 5.3.2019 —*asunto Bogonosovy contra Rusia*— (TEDH 2019,27)] considera que puede existir una vida familiar *ex* artículo 8, CEDH, entre abuelos y nietos siempre que existan “vínculos suficientemente fuertes entre ellos”, aun cuando no hubiera existido convivencia. No obstante, advierte que “la relación entre abuelos y nietos es de diferente natura-

De esta forma, el Tribunal Supremo entiende que

este tipo de relaciones, que insertan beneficiosamente al menor en su entorno familiar completo, resultan más necesarias cuando de los ascendientes se trata, por su privilegiado grado de parentesco, dado que la personalidad se forja también entre las contradicciones que emanan, a veces, de los planteamientos y opiniones de los parientes, siempre que revistan un carácter de normalidad, o sea, no respondan a patologías o ejemplos corruptores.⁵⁸

En consecuencia, como puede apreciarse, se cohonesta esa relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor. Conexión ésta que es explícita en algunas de sus resoluciones. Así, por ejemplo, para justificar el derecho de visita de unos abuelos con su nieto, a cuyo ejercicio se oponía uno de los progenitores, tras el fallecimiento del otro, hijo de los demandantes de tales relaciones, se estima que el sobreviviente no podía pretender hurtar al hijo de la memoria de su madre, pues su recuerdo era, según su criterio, “factor fundamental para el desarrollo de su personalidad”.⁵⁹

El artículo 160, CC, se refiere también a *parientes* —sin limitación de grado— y a otros *allegados*. Tal y como se examinó anteriormente, ha de existir una vinculación de tipo afectivo y personal entre estas personas y el menor. Esto es, no resulta tan determinante el grado de parentesco, cuanto esta conexión emocional. Dentro del concepto de *allegado* cabe incluir a la exconviniente de la progenitora de un niño concebido por técnicas de reproducción asistida⁶⁰ y a cualquier otra persona ligada con el menor por tales conexiones afectivas. De ahí que deba ser el juez, en atención a las circunstancias del caso concreto, quien proceda a realizar una equitativa interpretación al respecto de estos términos, ponderando no sólo los intereses de estas personas, sino fundamentalmente el interés del menor y el de los ejercientes de la patria potestad sobre él, pues serán éstos quienes se vean gravados con la carga de facilitar estas relaciones.

leza y grado que la relación entre padres e hijos y, por tanto, por su propia naturaleza exige por norma general, un menor grado de protección”. Igualmente, véase STEDH 7.12.2017 —*asunto Beccarini y Ridolfi contra Italia*— (JUR 2017, 311781)./ Téngase además en cuenta la STJUE 31.5.2018 (TJCE 2018, 112), que entiende que el concepto de “derecho de visita” del artículo 1, apartado 2, letra a), y del artículo 2, puntos 7 y 10, del Reglamento (CE) núm. 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, debe interpretarse en el sentido de que incluye el derecho de visita de los abuelos a sus nietos.

⁵⁸ STS 23.11.1999 (RJ 1999, 8278); ATS 3.5.2000 (RJ 2000, 3573).

⁵⁹ STS 23.11.1999 (RJ 1999, 8278).

⁶⁰ STS 12.5.2011 (RJ 2011, 3280).

Evidentemente, en esta categoría habría que incluir a los que fueron acogedores familiares del menor y a los que la LO 1/1996, en su artículo 20 bis 1 m., les reconoce su derecho a “relacionarse con el menor al cesar el acogimiento, si la entidad pública entiende que conviniere a su interés superior y lo consintieren la familia de origen o, en su caso, la familia adoptiva o de acogimiento permanente, y el menor si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años”.

Pero, además, no hay que obviar que la modificación del artículo 178.5, CC, por esa misma Ley 26/2015, amplía expresamente aún más las posibilidades subjetivas de esa relación, al admitir una *adopción abierta*, en la que, con determinadas condiciones y requisitos, un menor adoptado puede seguir manteniendo contacto con su familia de origen; eventualmente, por tanto, también, con sus hermanos biológicos. Todas esas personas, en su condición de exparientes del menor, pueden incluirse por tanto también en esta categoría de allegados.

El artículo 160, CC, al utilizar el término *relaciones personales*, adolece de una notoria vaguedad. Pero permite “una evidente flexibilidad al juez para emitir un juicio prudente y ponderado, en atención a las circunstancias del caso, y siempre claro está teniendo en cuenta el interés superior del menor”.⁶¹ Por eso mismo, también, las nulas o malas relaciones entre los progenitores y estos parientes no deben influir por sí mismas en la concesión del régimen de visitas.⁶² Sin embargo, resulta obvio también que las relaciones de abuelos, parientes o allegados con el menor no han de ser idénticas, ni en su forma de presentación (visita en sentido estricto, comunicación, convivencia, etcétera), ni en su amplitud o duración a las que corresponden a los padres y a los hijos, en atención a la naturaleza de derecho-deber especial que se asigna a éstas últimas.⁶³

Por tanto, la decisión sobre cuál sea el régimen de visitas adecuado debe ponderarse tanto con el interés del menor, cuanto los derechos e intereses de las demás personas implicadas. En especial, no podrán perturbar el normal ejercicio de la patria potestad.⁶⁴ En consecuencia, “habrán de adoptarse aquellas medidas que sean más adecuadas a la edad del sujeto, para ir construyendo progresivamente el control acerca de situación personal y proyección en el futuro, evitando siempre que el menor pueda ser mani-

⁶¹ STS 28.6.2004 (RJ 2004, 4321).

⁶² SSTs 20.9.2002 (RJ 2002, 8462); 27.7.2009 (RJ 2009, 4577); 24.5.2013 (RJ 2013, 3393); 19.11.2013 (RJ 2013, 7447); 18.3.2015 (RJ 2015, 1152). Igualmente, véase SAP Asturias 21.3.2019 (JUR 2019, 150993).

⁶³ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 119.

⁶⁴ STS 27.7.2009 (RJ 2009, 4577).

pulado, buscando, por el contrario, su formación integral y su integración familiar y social”;⁶⁵ medidas que bien pueden adoptarse con fundamento en el artículo 158.⁶⁶ En consecuencia, la autoridad judicial, a la hora de precisar la extensión e intensidad de estas relaciones, deberá tener en cuenta: 1) la situación personal del menor y de la persona que pretende su relación; 2) las conclusiones a las que se hayan llegado en los diferentes informes psicológicos que se hayan pedido; 3) la intensidad de las relaciones anteriores; 4) la no invasión de las relaciones del menor con el titular de la patria potestad y ejerciente de la guarda y custodia del menor, y 5) cuantas circunstancias sean convenientes para el interés del niño.⁶⁷ De este modo, en un principio no cabe reducir la relación personal a un mero contacto durante un breve periodo de tiempo, y nada ha de impedir que el menor pernocte en casa de sus abuelos o pase cortos periodos de convivencia con ellos.⁶⁸ Sin embargo, debe advertirse que, si bien el Tribunal Supremo no impide la pernocta del menor en casas de sus abuelos, también estima que dicha pernocta no puede acordarse con carácter general, pues habrá que estar a las circunstancias del caso concreto.⁶⁹

Estas relaciones no pueden erigirse en una vía instrumental para que estos abuelos, parientes o allegados sirvan de puente a una relación con los padres, que una resolución judicial hubiera suprimido o limitado por considerarla perjudicial para el menor.⁷⁰ En ese caso, habría que reputar que

⁶⁵ ATS 3.5.2000 (RJ 2000, 3573).

⁶⁶ SSTS 17.9.1996 (RJ 1996, 6722); 23.11.1999 (RJ 1999, 8278); ATS 3.5.2000 (RJ 2000, 3573).

⁶⁷ STS 12.5.2011 (RJ 2011, 3280).

⁶⁸ SSTS 28.6.2004 (RJ 2004, 4321); 27.7.2009 (RJ 2009, 4577); 19.11.2013 (RJ 2013, 7447); 15.1.2018 (RJ 2018, 28). Igualmente, véase SAP Zaragoza 30.5.2019 (JUR 2019, 177125).

⁶⁹ STS 19.11.2013 (RJ 2013, 7447).

⁷⁰ En la STS 27.9.2018 (RJ 2018, 4242) se pone de manifiesto que “el interés de los menores se ha de salvaguardar en todo caso, también lo es que no pueden relativizarse las relaciones existentes entre los dos grupos de adultos y que la justa causa para negar las comunicaciones, visitas y estancias de las nietas con sus abuelos viene condicionada no solo por unas reiteradas denuncias, condenas, alejamientos, etcétera, sino por la absoluta desvinculación familiar durante un periodo considerable de tiempo (la mayor desde los cuatro años; la pequeña no les conoce) y, especialmente, por el riesgo que para las niñas va a suponer estas visitas, por muy restrictivas que sean, y por la evidente influencia sobre las nietas de animadversión hacia la persona de sus padres, que la sentencia deduce de comportamiento tan anómalo y reprochable de los abuelos con su hijo y nuera, que no han asumido verdaderamente su papel de abuelos desde que dejaron de relacionarse con sus nietas, con el irreversible efecto que el transcurso del tiempo ha ocasionado en el desarrollo de la vida familiar”./ Igualmente, en la SAP Girona 25.6.2019 (JUR 2019, 202505) se rechaza la reanudación de las visitas de una abuela a su nieta tras una interrupción de tres años, dada la ausencia entre

existe una justa causa para imposibilitar el contacto del niño con sus abuelos, parientes o allegados, tal y como pone de manifiesto el apartado 2 del artículo 160, CC. Al igual que habría que negarlas cuando ponen en riesgo el ejercicio normal de la patria potestad, como se indicó.

El interés del menor básicamente consiste en salvaguardar sus derechos fundamentales y garantizar el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2, LO 1/1996). Por tanto, la decisión que el juez adopte al respecto, fundada en dicho interés, podrá ser discrecional en la apreciación de cuál deba ser éste (STS, 22.5.1993 —RJ, 1993, 3977—), pero no arbitraria.⁷¹ En principio, cabe afirmar que el ejercicio de las visitas estará subordinado a la ausencia de todo perjuicio o de peligro de todo daño al menor (artículo 158.4o., CC).⁷² No obstante, será aquel que impide u obstaculiza ese ejercicio quien tenga que acreditar la existencia o probabilidad de ese riesgo; riesgo que, en atención a las circunstancias concurrentes en el eventual conflicto de intereses, deberá ponderar la autoridad judicial.⁷³

En el proceso de toma de decisiones sobre esas relaciones, se ha de tener en cuenta necesariamente, en el caso concreto sobre cuál sea el interés del menor, su misma opinión⁷⁴ y sus deseos,⁷⁵ tal y como resulta del artículo 154, así como del artículo 9.1.a), LO 1/1996, debiendo “ponderarse la razonabilidad” de su opinión, ya que no cabe identificar esa voluntad expresada

ellas de un vínculo de afectividad y confianza, más allá del puramente biológico./ Por su parte, en la SAP Jaén 5.3.2019 (JUR 2019, 175415) se considera perjudicial la relación de un menor con su abuelo, en atención al estado de salud del menor de cuatro años, afectado por un grado de discapacidad del 47% como consecuencia de un retraso madurativo no filiado y la nula relación existente entre ellos.

⁷¹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 163 y 164.

⁷² La SAP Teruel 17.1.2019 (JUR 2019) considera que éste no existe, a pesar de la enfermedad psiquiátrica de la abuela, pues dicho padecimiento, con un adecuado tratamiento médico y farmacológico, no implica por sí solo una falta de aptitud para poder relacionarse con la menor y ejercitar el derecho de visita.

⁷³ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 180.

⁷⁴ Sostiene la STS 15.1.2018 (RJ 2018, 28) que “la exploración del menor tiene por objeto indagar sobre el interés de éste, para su debida protección, y por ende no es propiamente una prueba, de forma que el interés del mismo no necesariamente ha de coincidir con su voluntad, debiendo valorar el juez su madurez y si sus deseos son propios del capricho o de influencias externas. Pero, en su criterio, “a veces se confunde la negativa a la exploración con falta de método psicológico a la hora de llevarla a cabo, pues lo que será perjudicial para el menor en tal supuesto no será su exploración, sino si ésta se hace con preguntas directas que le creen un conflicto de lealtades, con consecuencias emocionales desfavorables”. Véase SSTC 163/2009, de 29 de junio (RTC 2009, 163), y 578/2017, de 25 de octubre (RTC 2017, 578).

⁷⁵ STS 11.11.2005 (RJ 2005, 9883).

con lo que es su interés.⁷⁶ No obstante, a partir de cierta edad, por ejemplo, cuando el menor tiene ya 16 años, no se puede ignorar que la imposición de un régimen de visitas resultará prácticamente inviable.⁷⁷

V. CONTENIDO DEL DERECHO DE VISITA

Respecto a los padres, el artículo 94, CC, concreta esas relaciones con el hijo en la visita, la comunicación y la compañía. Respecto a los abuelos, ese mismo precepto simplemente utiliza los términos de visita y comunicación, aunque como se ha señalado, la jurisprudencia ha admitido también que se extienda a una convivencia temporal.

Evidentemente, la relación puede comprender la visita, en sentido estricto, al menor en su domicilio o en un lugar o punto de encuentro. El juez, al respecto, puede establecer cautelas al respecto, tales como exigir la presencia de testigos, de especialistas o del progenitor guardián, o en general, cualquier otra que se reputa adecuada, necesaria y proporcionada para atender el interés del menor.⁷⁸ La entrada del visitante en el domicilio del progenitor que custodia al hijo no podrá imponerse en contra de su voluntad, en atención al artículo 18, CE, tal y como parece sugerir la STS, 30.4.1991 (RJ, 1991, 3108), o sin autorización judicial. Por eso mismo, el juez, a la hora de establecer el régimen de visitas, deberá también valorar y ponderar si existe razón bastante para sacrificar el interés y el derecho de este progenitor con el interés del hijo a recibir tales visitas.⁷⁹

Esta relación también comprende a la comunicación. Esa comunicación puede realizarse por cualquier medio (personalmente, por escrito, teléfono, *SMS*, *WhatsApp*, correo electrónico, redes sociales, etcétera). Es cri-

⁷⁶ STS 28.6.2004 (RJ 2004, 4321).

⁷⁷ Véase SAP Asturias 3.4.2009 (JUR 2009, 220819). Igualmente, véase STEDH 3.7.2018 —*asunto N. contra Rumania*— (JUR 2018, 183014) en el que el TEDH aprecia la inexistencia de infracción del artículo 8, CEDH, por la decisión de denegar las visitas en un caso en el que el contacto entre un padre e hija se deterioró, al punto de perder el progenitor todo contacto con la menor durante dos años, y solicitar éste tardíamente la reanudación de unos contactos a los que se oponía la niña./ En la SAP Madrid 22.3.2019 (JUR 2019, 142720), y aun admitiendo una posible influencia negativa del progenitor guardián sobre el hijo menor respecto al otro progenitor, se señala que no resulta factible obligar al niño coercitivamente a relacionarse con su padre, si éste lo rechaza, por lo que accede a la supresión de un sistema obligatorio de contactos y de relación entre padre e hijo.

⁷⁸ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 192. Véase STEDH 6.9.2018 —*asunto J. contra Noruega*— (JUR 2018, 230679).

⁷⁹ Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, pp. 193 y 194.

terio judicial el autorizar sin restricciones como regla esta comunicación.⁸⁰ No obstante, debe observarse que el guardador del menor habrá de respetar el derecho del niño al secreto de tales comunicaciones (artículo 4.1, LO 1/1996).

La forma más natural (y también la más completa) de relación personal se obtendrá a partir de la convivencia temporal entre el menor y sus padres, abuelos, parientes o allegados. A falta de pacto, será la autoridad judicial quien, valorando las circunstancias del caso, determinará el tiempo, la duración y periodicidad de estas estancias.

A este respecto, no cabe obviar que el juez no estará vinculado, a la hora de fijar cuál haya de ser el contenido de esas relaciones, su alcance o modalidad, por lo pedido por las partes. No rige en este punto el principio dispositivo propio de los procedimientos civiles, sino que habrá de fundar su decisión en el interés del menor.⁸¹

Siempre que, en atención a las circunstancias, la estancia del menor con el visitador permita hablar de una “guarda” mínima, será éste responsable de los daños causados por el menor durante el tiempo en el que hubiera estado a su cargo, en atención a lo dispuesto en el artículo 1903.⁸²

El ejercicio de derecho de visitas

exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y, en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor.⁸³

Respecto a los gastos de desplazamiento del menor, en defecto de acuerdo, y siendo los ingresos de ambos progenitores similares, el criterio del Tribunal Supremo es el de decretar que éstos se sufraguen al 50%.⁸⁴

⁸⁰ Roca I Trías, Encarna, *op. cit.*, p. 394.

⁸¹ STS 16.7.2004 (RJ 2004, 4382).

⁸² Rivero Hernández, Francisco, *op. cit.*, p. 213.

⁸³ SAP Madrid 22.3.2019 (JUR 2019, 152720).

⁸⁴ SSTs 20.10.2014 (RJ 2014, 5376); 19.11.2015 (RJ 2015, 5495); 27.9.2016 (RJ 2016, 4847); 23.7.2018 (RJ 2018, 2966)./ Considera la STS 16.5.2017 (RJ 2017, 2219) que “no cabe duda de que entre los factores que influyen de manera decisiva en la efectividad del derecho de visitas se encuentra el de los gastos de traslado necesarios para que el progenitor

Modificación, restricción, suspensión y supresión del régimen de visitas

El régimen de visitas aprobado judicialmente puede ser modificado por una nueva resolución ante la presencia de hechos nuevos, por causa del incumplimiento del visitador, por oposición injustificada u obstrucción a las visitas por parte del guardador del menor, o en atención a su mismo interés. Esta modificación podrá consistir en una ampliación, restricción, suspensión o supresión de esas relaciones con el menor. Pero, en todo, caso, la decisión que se adopte habrá de ser judicialmente motivada.

En atención incluso a la variabilidad de circunstancias y en función del interés del menor, la autoridad judicial puede modificar el régimen de visitas establecido e implantar un progresivo sistema de aproximación o contacto sujeto a un control periódico que permita comprobar la evolución de esas relaciones.⁸⁵ También resulta posible esa modificación en fase de ejecución de la sentencia que las hubiera establecido.⁸⁶ Sin embargo, como así cabe intuir, los supuestos más problemáticos se suscitan en los casos en que se acuerda una limitación, una suspensión o una supresión de estas relaciones.

La *ratio decidendi* de la decisión que se adopte cuando se trate de limitar, suspender o restringir las relaciones personales de los padres, abuelos, parientes o allegados con el niño, ha de descansar única y exclusivamente en el interés y en los derechos del menor, tras realizarse un juicio de ponderación adecuado con los derechos e intereses de los demás implicados. Una resolución judicial de esta índole debe contener una justificación objetiva y razonable; es decir, habrá de expresar que la medida limitadora responde

pueda tener en su compañía al menor, pues una imposición de gastos que resulte difícilmente asumible por el progenitor, en atención a sus circunstancias económicas, obstaculiza el derecho de visitas y priva al menor de su compañía. De allí que, como declara la doctrina contenida en las sentencias citadas de esta sala, deba decidirse en cada caso atendiendo al interés del menor y a un reparto equitativo de las cargas económicas y personales de dedicación al traslado, lo que también redundará en el prevalente interés del menor, en la medida en que favorece el ejercicio del derecho de visita”. De ahí que considere que el régimen de las visitas deba ser objeto en cada caso de una apreciación circunstanciada, teniendo en cuenta, entre otros factores, “la edad del menor, la distancia, las molestias y condiciones del viaje, las circunstancias personales, familiares y profesionales de los progenitores, su disponibilidad horaria y personal para viajar, sus recursos económicos, etcétera. En función de esas circunstancias hay que establecer si, para compensar la dificultad que supone la distancia para las visitas más frecuentes es posible ampliar las visitas de los periodos vacacionales, si debe trasladarse el menor —solo o acompañado— o si, por el contrario, debe trasladarse uno de los progenitores, y cuál, para recogerlo”.

⁸⁵ STS 22.5.1993 (RJ 1993, 3977).

⁸⁶ SSTS 11.2.2002 (RJ 2002, 3109) y 9.7.2002 (RJ 2002, 5905).

a un objetivo legítimo, es necesaria, y además, proporcionada.⁸⁷ Pues bien, esa justificación habrá que descansar en los criterios y elementos generales que establecen los apartados 2 y 3 del artículo 2, LO 1/2015.

En efecto, el respeto al derecho a la tutela judicial efectiva *ex* artículo 24, CE, exige que la decisión que se adopte *ex* artículo 160, CC, resulte motivada⁸⁸ y fundada precisamente en el interés del menor.⁸⁹ Por tanto, resultará insuficiente una motivación por referencia a un informe que evalúa la situación del menor, emitido con un año de anterioridad, y que por tanto, no tiene en cuenta la actual situación del niño y su familia,⁹⁰ pero también puede reputarse falta de motivación una resolución en la que, simplemente, se acuerde la suspensión temporal de las relaciones en orden a la “gravedad de la situación”.⁹¹

El interés del menor básicamente consiste en salvaguardar sus derechos fundamentales y garantizar el libre desarrollo de su personalidad (artículo 2, LO 1/1996). En línea de principio, cabe afirmar que el ejercicio de las visitas estará subordinado a la ausencia de todo perjuicio o de peligro de todo daño al menor (artículos 158.4o. y 216, CC).

Hay que tener en cuenta que, conforme expresara el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General Número 14 acogida por nuestro legislador, ese interés del menor es un concepto con triple funcionalidad:⁹² es un derecho sustantivo; es un principio interpretativo, y al tiempo, es una norma de procedimiento.⁹³

⁸⁷ SSTEDH 23.6.1993 —*asunto Hoffmann contra Austria*— (TEDH 1993, 27); 21.12.1999 —*asunto Salgueiro Da Silva Mouta contra Portugal*— (TEDH 1999, 72); 30.11.2010 —*asunto P.V. contra España*— (TEDH 2010, 112).

⁸⁸ Véase OB 14, § 97./ Sobre esa necesidad de motivación, véase además STC 127/2013, de 3 de junio (RTC 2013, 127); asimismo, véase STS 4.2.2016 (RJ 2016, 494) y ATC 47/2009, de 13 de febrero (RTC 2009, 47 Auto) y STC 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138). Véase, sobre esta última sentencia y sobre la necesidad de motivar en interés del menor, Colás Escandón, Ana María, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2a., núm. 138/2014, de 8 de septiembre)”, *Derecho Privado y Constitución* núm. 29, 2015, pp. 170-174./ Últimamente, véase STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16).

⁸⁹ Véase, por ejemplo, SSTEDH 26.11.2013 —*asunto X contra Letonia*— (JUR 2013, 354045); 3.10.2014 —*asunto Jeunesse contra Países Bajos*— (JUR 2014, 247419); 16.12.2014 —*asunto Chbihi Loudoudi y otros contra Bélgica*— (TEDH 2014, 101).

⁹⁰ STSJ Galicia 27.10.2011 (RJ 2012, 2242).

⁹¹ SSTSJ Galicia 22.2.2012 (RJ 2012, 4322) y 6.3.2015 (RJ 2015, 1237).

⁹² OB 14, § 6.

⁹³ A esta triple funcionalidad del concepto, hace expresa referencia la STS 20.7.2015 (RJ 2015, 2786). Igualmente, véase Ruiz-Rico Ruiz Morón, Julia, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores y la filiación por la Ley 26/2015, de modi-

El interés del menor se erige en un derecho sustantivo, en el sentido de que el menor *tiene derecho* a que su interés sea reputado como primordial cuando resulte necesario adoptar cualquier medida que pudiera afectarle, tanto en el ámbito público como privado (artículo 2.1, LO 1/1996).⁹⁴ De otra parte, la preferencia de ese interés —que puede ser reputado como principio general del derecho— debe guiar el proceso de interpretación de las normas (*cf.* artículo 1.3, CC).⁹⁵ Pero, además, es una norma procesal, en cuanto que la evaluación y determinación del interés del menor exigen el necesario respeto a las garantías procesales;⁹⁶ tal y como se evidencia en el artículo 2.5 de la LO 1/1996. Apartado que acoge la influencia no sólo de la Observación General Número 14 del Comité de los Derechos del Niño,⁹⁷ sino también del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996,⁹⁸ a cuya luz debe interpretarse esta norma “procesal” (artículo 10.2, CE, y artículo 3, LO/1996).

A la hora de concretar el interés del menor, debe tenerse presente que la LO 1/1996, que procede a desarrollar y reforzar el *derecho del menor a que su interés sea prioritario*,⁹⁹ ofrece una prolija regulación de dicho interés por

ficación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016, p. 3.

⁹⁴ Véase OB 14, § 1.

⁹⁵ OB 14, § 12.

⁹⁶ OB 14, § 6 (c), “Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados. La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos”. Véase así, SSTS 19.11.2015 (RJ 2015, 5495); 11.2.2016 (RJ 2016, 524); 19.2.2016 (RJ 2016, 924); 1.3.2016 (RJ 2016, 736); 17.3. 2016 (RJ 2016, 1131); 29.3.2016 (RJ 2016, 995 y RJ 2016, 1133); 3.6.2016 (RJ 2016, 2330).

⁹⁷ Véase OB 14, § 85 a 88.

⁹⁸ Instrumento de ratificación *BOE*, núm. 45, 21 de febrero de 2015.

⁹⁹ Ciertamente es que, con anterioridad a esta reforma, ese mismo precepto ya afirmaba la preferencia de ese interés frente a cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir en lo que hacía referencia a la aplicación de esa fundamental norma legal de protección jurídica del menor. De este modo, ese interés se había erigido en un auténtico estándar jurídico con el que modular y medir toda medida que, en su protección, cupiera adoptar como así había entendido el Tribunal Supremo [S. 31.7.2009 —RJ 2009, 4581—]. Igualmente, véase SSTS

medio de su artículo 1.2, acogiendo las recomendaciones formuladas tanto por el Comité de los Derechos del Niño,¹⁰⁰ cuanto por la Comisión Especial constituida en el Senado para el estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines,¹⁰¹ que apostaban por delimitar legalmente los confines de este concepto jurídico indeterminado¹⁰² introduciendo criterios básicos para su determinación¹⁰³; criterios que, enunciados ahora en este precepto, siguen claramente el canon del derecho del Reino Unido (artículo 1, Children Act 1989),¹⁰⁴ así como los criterios delimitadores de ese interés contenidos en la Observación General Número 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1), que el Comité de los Derechos del Niño formuló, y fue publicada el 29 de mayo de 2013.

Pues bien, el juez, para acordar cualquier restricción de las relaciones del menor con su núcleo afectivo de procedencia, debe proceder a la interpretación y aplicación, en el caso concreto y teniendo en cuenta las cir-

21.2.2011 (RJ 2011, 2362); 6.2.2012 (RJ 2012, 4522); 17.2.2012 (RJ 2012, 3924); 27.10.2014 (RJ 2014, 5183); 20.7.2015 (RJ 2015, 2786); 15.10.2015 (RJ 2015, 4754); 2.12.2015 (RJ 2016, 117).

¹⁰⁰ Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención. Entorno Familiar y Modalidades Alternativas de Cuidado, 55o. periodo de sesiones, 13 de septiembre a 1 de octubre de 2010 —CRC/C/ESP/CO/3-4— § 27.

¹⁰¹ Se hacía notar, por parte de algunos comparecientes, la necesidad de fijar pautas o parámetros que permitieran determinar ese concepto jurídico indeterminado. También se apostaba porque se incluyeran en la ley los criterios básicos que habrían de orientar al juzgador en una aplicación de la norma, en función de las necesidades y derechos del menor, siguiendo el modelo británico, o que, al menos, ese interés fuera definido legalmente para evitar eventuales arbitrariedades. Incluso, se criticaba la excesiva laxitud del concepto, que le hacía demasiado vulnerable “frente al denominado *biologicismo* que termina primando en determinados supuestos”. Véase BOCG, Senado, núm. 545, 17 de noviembre de 2010, pp. 13, 17 y 30. De esta forma, la Comisión, en sus conclusiones, consideraba que había que ofrecer un desarrollo legal a dicho principio, a fin de posibilitar una interpretación homogénea, por parte de los operadores jurídicos, y concretar más dicho concepto jurídico indeterminado, por lo que la ley habría de acoger los criterios básicos que habían de orientar al juzgador en una correcta aplicación de la norma. Véase BOCG, Senado, núm. 545, 17 de noviembre de 2010, p. 45.

¹⁰² Véase, al respecto, Guilarte Martín-Calero, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 13-18.

¹⁰³ Recomendación núm. 17. BOCG, Senado, núm. 545, 17 de noviembre de 2010, p. 51.

¹⁰⁴ Sin embargo, al mismo tiempo y de un modo que puede resultar contradictorio, se recomendaba el “garantizar la valoración de cada supuesto con la aplicación de criterios flexibles que permitan tener en cuenta conceptos como la buena fe, la urgencia, o el propio interés público, sin que en ningún caso quepa decir que los mismos están vacíos de contenido” (Recomendación núm. 18. BOCG, Senado, núm. 545, 17 de noviembre de 2010, p. 51).

cunstances particulares del niño, de los criterios generales delimitadores del interés del menor del artículo 2.2, LO 1/1996: *a)* la protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor, y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas, como emocionales y afectivas;¹⁰⁵ *b)* la opinión del menor;¹⁰⁶ *c)* el derecho del menor a una vida en familia, debiéndose otorgar prioridad a la familia de origen;¹⁰⁷ y *d)* el derecho al libre desarrollo de la personalidad del menor, con mantenimiento de su identidad, sin que pueda ser objeto, por esta causa, de discriminación alguna.¹⁰⁸

Tales criterios deben ser ponderados, a su vez, con otros elementos generales a fin de hallar un adecuado equilibrio; elementos que deben ser valorados conjuntamente, *conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad*,¹⁰⁹ de forma que la medida que se adopte en el interés superior del menor no restrinja o limite más derechos que los que ampara: *a)* la edad y madurez del menor;¹¹⁰ *b)* la necesidad de garantizar su igualdad; *c)* la incidencia del transcurso del tiempo en su desarrollo;¹¹¹ *d)* la necesidad de ofrecer soluciones estables y de minimizar los riesgos que un cambio en su estatus pudieran ocasionar en el desarrollo de su personalidad; *e)* la preparación del tránsito a la edad adulta e independiente, de acuerdo con sus capacidades y circunstancias personales; y a modo de cláusula de cierre: “*f)* aquellos otros

¹⁰⁵ El desarrollo integral del menor en todas sus manifestaciones, abarca, de acuerdo con la OB, núm. 5, § 12, el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. La referencia a las *necesidades* tiene como referente el artículo 1 (2) (b) Children Act 1989 que, al delimitar el concepto de *bienestar del niño*, hace mención a las necesidades educacionales, emocionales y psíquicas del menor. / Por tanto, bien puede decirse que el precepto resulta redundante. Pero, fíjese el lector la insistencia del legislador español para hacer hincapié en la dimensión física y material del bienestar del niño.

¹⁰⁶ Véase OB 14, § 53 y 54. *Cfr.* artículo 1 (2) (a) Children Act que hace referencia a los deseos y sentimientos del niño en función de su edad y entendimiento.

¹⁰⁷ Véase OB 14, § 58 a 70.

¹⁰⁸ Véase OB 14, § 55 a 57.

¹⁰⁹ De acuerdo con la OB 14, § 80, “cabe destacar que la evaluación básica del interés superior es una valoración general de todos los elementos que guarden relación con el interés superior del niño, en la que la importancia de cada elemento se pondera en función de los otros. No todos los elementos serán pertinentes en todos los casos, y los diversos elementos pueden utilizarse de diferentes maneras en los distintos casos. El contenido de cada elemento variará necesariamente de un niño a otro y de un caso a otro, dependiendo del tipo de decisión y las circunstancias concretas, al igual que la importancia de cada elemento en la evaluación general”.

¹¹⁰ Véase OB 14, § 83.

¹¹¹ Véase OB 14, § 84.

elementos de ponderación que, en el supuesto concreto, sean considerados pertinentes y respeten los derechos de los menores”.

En verdad, no resulta en modo alguno objetable ninguno de estos criterios y elementos generales que podrán guiar la interpretación y aplicación del *interés del menor* al caso concreto, si bien resulta posible cuestionar hasta qué punto resultaba necesario explicitarlos, cuando todos ellos podían ser reconducidos a una cláusula general que permitiera enlazar ese interés con los derechos fundamentales del menor, con su dignidad y con el libre desarrollo de su personalidad (arg. *ex* artículo 10, CE).¹¹² De otra parte, a pesar de los buenos propósitos, el interés del menor sigue siendo un concepto jurídico indeterminado y de perfiles vagos, en la medida en que en él van a seguir estando presentes elementos no del todo racionales y, fundamentalmente, porque en su valoración, evaluación y ponderación pueden utilizarse otros criterios distintos a los expresa y legalmente reseñados, como evidencia la redacción del apartado f) del artículo 2.2, párrafo segundo, de la LO 1/1996, tal y como se ha indicado, aunque eso sí, puedan rechazarse aquellos que no resulten atentos con aquellos derechos y valores constitucionalmente protegidos en la cláusula igualmente general del artículo 10, CE.

Tal y como expresa el apartado 3 del artículo 2, LO 1/1996, en esa motivación en el interés del menor, el juez ha de justificar que precisamente la medida que adopta, al limitar o suspender las relaciones, resulta justo necesaria para atender a ese interés, y proporcionada, tal y como así entendía, aun antes de la reforma de 2015, nuestro Tribunal Constitucional, que, a la hora de enjuiciar la obligada *motivación* de las resoluciones judiciales, cuando el *interés del menor* está implicado, consideraba que la fundamentación¹¹³ debía entenderse lesiva, desde la perspectiva constitucional, en el momento en que exista una absoluta falta de ponderación del citado principio.¹¹⁴ En definitiva, estimaba que “el interés superior del niño obliga a la autoridad judicial a un *juicio de ponderación* que debe constar expresamente en la resolución judicial, identificando los bienes y derechos en juego que pugnan

¹¹² En cierta medida, pues, el interés del menor se relaciona, como así puso de manifiesto el Tribunal Supremo, con anterioridad a la reforma, con “el desenvolvimiento libre e integral de la personalidad del menor y la supremacía de todo lo que le beneficie, más allá de las preferencias personales de sus padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, en orden a su desarrollo físico, ético y cultural; bien con su salud y su bienestar psíquico y su afectividad, junto a otros aspectos de tipo material; bien, simplemente con la protección de sus derechos fundamentales” (STS 20.7.2015 —RJ 2015, 2786—). Igualmente, véase STS 2.12.2015 (RJ 2016, 117).

¹¹³ STC 127/2013, de 3 de junio (RTC 2013, 127).

¹¹⁴ SSTC 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138), y 65/2016, de 11 de abril (RTC 2016, 65).

de cada lado, a fin de poder calibrar la necesidad y proporcionalidad de la medida adoptada”.¹¹⁵

Pues bien, para apreciar la “necesidad”, conforme a una doctrina constante del TEDH,¹¹⁶ se ha de examinar, a la vista del conjunto de las circunstancias, si los motivos invocados para justificarlas son pertinentes, suficientes y proporcionados para autorizar la intromisión en el ámbito de los derechos reconocidos y garantizados por el artículo 8, CEDH, teniendo en cuenta la obligación que tiene el Estado de permitir el mantenimiento del vínculo entre el menor y su núcleo afectivo. De ahí que haya apreciado la vulneración de ese artículo 8, cuando las autoridades nacionales hubiesen restringido injustificadamente las relaciones del menor con su familia impidiendo una futura reagrupación familiar.¹¹⁷

Ya se ha examinado cómo el TEDH entiende que toda restricción a la relación entre padres e hijos supone una injerencia inadmisibles en la vida privada y familiar, salvo si, estando prevista por la Ley,¹¹⁸ no persiga algunos de los fines previstos en el artículo 8.2, CEDH (por ejemplo, la salud, la moral o los derechos y libertades del menor), y/o no se considerara necesaria en una sociedad democrática (STEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH, 2002, 72)). El TEDH exige que las autoridades internas guarden un equilibrio justo entre los intereses del hijo y los de sus padres, y que al hacerlo, concedan una particular importancia al interés superior del menor, el cual, según su naturaleza y gravedad, prevalece sobre el de los padres (Sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH) 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH, 2002, 72); 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH, 2010, 82)).¹¹⁹

¹¹⁵ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176). ATC 47/2009, de 13 de febrero (RTC 2009, 47 Auto). Véase asimismo, SSTC 127/2013, de 3 de junio (RTC 2013, 127); 138/2014, de 8 de septiembre (RTC 2014, 138), y 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16).

¹¹⁶ Véase SSTEDH 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17)

¹¹⁷ Véase así, STEDH 12.7.2001 —*asunto K. y T. contra Finlandia*— (TEDH 2001, 467). Igualmente, véase SSTEDH 26.11.2009 —*asunto Vautier contra Francia*— (TEDH 2009, 126); 8.1.2013 —*asunto A.K. y L. contra Croacia*— (TEDH 2013, 5); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89).

¹¹⁸ Toda injerencia pública en el ámbito de los derechos del artículo 8, CEDH, si no estuviera prevista por la ley supondría una violación de este precepto. Véase así, STEDH 16.5.2017 —*asunto Pakhtusov contra Rusia*— (TEDH 2017, 44).

¹¹⁹ Véase también, SSTEDH 10 enero 2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7); 28.8.2018 —*asunto G. contra Serbia*— (TEDH 2018, 89).

En su entendimiento, “el artículo 8 exige que las autoridades internas guarden un equilibrio justo¹²⁰ entre los intereses del hijo y los de sus padres y que, al hacerlo, concedan una particular importancia al interés superior del menor, el cual, según su naturaleza y gravedad, prevalece sobre el de los padres”. En particular, considera que no cabe autorizar que un progenitor adopte medidas perjudiciales para la salud (STEDH, 4.9.2014 —*asunto Drenk contra República Checa*— (JUR, 2014, 223068))¹²¹ y/o el desarrollo del niño,¹²² por lo que, una decisión judicial de no admitir las visitas de un padre con su hijo ante la sospecha de abusos sexuales¹²³ o cuando se ha mostrado particularmente indigno,¹²⁴ no supondría una injerencia indebida en la vida privada y familiar de ese progenitor.¹²⁵ En definitiva, “un niño debe estar en contacto con ambos progenitores hasta el punto en que esto esté de acuerdo con los intereses del niño”,¹²⁶ por lo que la restricción de las relaciones o la separación familiar sólo han de reputarse conformes al artículo 8, CEDH, cuando estén justificadas por una exigencia primaria de respeto al

¹²⁰ Véase así, SSTEDH 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 10.1.2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7).

¹²¹ SSTEDH 10.2.2011 —*asunto Tsikakis contra Alemania*— (JUR 2011, 37824); 1.8.2013 —*asunto Dmitriy contra Rusia*— (JUR 2013, 269763); 28.4.2016 —*asunto Cincimino contra Italia*— (JUR 2016, 85031); 3.7.2018 —*asunto N contra Rumania*— (JUR 2018, 183014).

¹²² SSTEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH 2002, 72); 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH 2010, 82); 27.9.2011 —*asunto M. y C. contra Rumania*— (TEDH 2011, 75); 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 4.9.2014 —*asunto Drenk contra República Checa*— (JUR 2014, 223068); 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 28.4.2016 —*asunto Cincimino contra Italia*— (JUR 2016, 85031); 26.5.2009 —*asunto Amanalachioai contra Rumania*— (TEDH 2009, 59); 18.10.2011 —*asunto Lyubenova contra Bulgaria*— (TEDH 2011, 83).

¹²³ Véase STEDH 24.2.2009 —*asunto Errico contra Italia*— (TEDH 2009, 26). Cfr. STEDH 27.9.2011 —*asunto M. y C. contra Rumania*— (TEDH 2011, 75)./ Ahora bien, debe advertirse que aun cuando ante una sospecha de abusos sexuales quepa suspender las relaciones del progenitor hacia su hijo, por lo que la medida puede reputarse justificada al ser necesaria y proporcionada; en cambio, el retraso del procedimiento penal del que luego resulta la absolución de ese padre sin que se adopten otras medidas, puede conducir a una vulneración del artículo 8.1, CEDH [STEDH 24.2.2009 —*asunto Errico contra Italia*— (TEDH 2009, 26)]. Respecto a un caso en que se suspenden las visitas de los abuelos paternos a su nieta por las sospechas de abusos sexuales del progenitor, luego no acreditados, y en el que también se aprecia violación del artículo 8, CEDH; véase STEDH 20.1.2015 —*asunto Manuella y Nevi contra Italia*— (TEDH 2015, 16).

¹²⁴ SSTEDH 21.1.2014 —*asunto Zhou contra Italia*— (JUR 2014, 15444); 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 10 enero 2017 —*asunto Kacper Nowakowski contra Polonia*— (TEDH 2017, 7); 6.9.2018 —*asunto J. contra Noruega*— (JUR 2018, 230679).

¹²⁵ STEDH 8.7.2010 —*asunto Döring contra Alemania*— (TEDH 2010, 82).

¹²⁶ SSTEDH 5.12.2002 —*asunto Hoppe contra Alemania*— (TEDH 2002, 72); 16.9.2014 —*asunto PF contra Polonia*— (JUR 2014, 227328).

interés del menor.¹²⁷ Por ejemplo, no resultaría posible admitir que el menor pudiera quedar expuesto a una situación de violencia o maltrato físico¹²⁸ o psicológico,¹²⁹ riesgo real de secuestro¹³⁰ o a abusos sexuales¹³¹ ni habría de permitirse que las relaciones tuvieran efectos perniciosos para el menor hasta el punto de requerir tratamiento médico.¹³² Pero, a su juicio, éstas son medidas de último recurso que deben responder al propósito de proteger al niño frente a una amenaza inmediata.¹³³

De igual modo, el Tribunal Supremo¹³⁴ entiende que este derecho de visita puede verse limitado o suspendido si concurren *graves circunstancias* que así lo aconsejen, por lo que debe ceder en caso de “peligro concreto y real para salud física, psíquica o moral del hijo” que habrá de acreditarse. Por tanto, sólo ante casos muy motivados y extremos cabe suspender el régimen de visitas.¹³⁵ Igualmente, admite que las resoluciones judiciales en esta materia pueden ser modificadas cuando dicho cambio resulte aconsejado por el interés del menor, por lo que cabe suspender el régimen de visitas de un progenitor como consecuencia de estarse tramitando unas diligencias penales por presuntos abusos sexuales al niño, puesto que existen razones suficientes, aun reconociendo el principio de presunción de inocencia del progenitor, para decretar dicha suspensión y evitar que se materialice un potencial peligro al menor de imposible reparación.¹³⁶ De otra parte, si exis-

¹²⁷ STEDH 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807).

¹²⁸ Véase SAP Castellón 27.2.2015 (JUR 2015, 124166) que considera inviable la reinserción familiar de una niña de dos años, en atención a la tolerancia de la progenitora hacia ese maltrato ejecutado por el padre, y ante la ausencia de garantías de la abuela paterna para impedir injerencias de los padres en el ejercicio del cuidado de la menor. *Cfr.* esta resolución con la SAP Girona 20.1.2014 (JUR 2014, 54318) que acuerda ampliar el régimen de visita a sus hijas acogidas en función de la vinculación afectiva entre ellas.

¹²⁹ Véase STEDH 22.10.2015 —*asunto Jovanovic contra Suecia*— (JUR 2015, 246772). Igualmente, véase STEDH 12.7.2016 —*asunto Kraipivins contra Rusia*— (JUR 2016, 194483).

¹³⁰ STEDH 6.9.2018 —*asunto J. contra Noruega*— (JUR 2018, 230679).

¹³¹ STEDH 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17). Véase STEDH 16.9.2014 —*asunto P.F. contra Polonia*— (JUR 2014, 227328)./ Por eso mismo, no existirá, a juicio del TEDH, vulneración del artículo 3.1, CEDH, en relación con el artículo 8, CEDH, en el caso de que las autoridades nacionales no hubieran procedido a separar a un menor de su entorno familiar ante una sospecha de abusos sexuales cuando no hubiese prueba suficiente de dichos abusos [STEDH 15.11.2011 —*asunto M.P. y otros contra Bulgaria*— (TEDH 2011, 99)].

¹³² STEDH 20.1.2011 —*asunto Rytchenko contra Rusia*— (JUR 2011, 14350).

¹³³ STEDH 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17).

¹³⁴ SSTS 19.10.1992 (RJ 1992, 8083); 22.5.1993 (RJ 1993, 3977); 21.11.2005 (RJ 2005, 7734); 11.2.2011 (RJ 2011, 2311); 28.9.2016 (RJ 2016, 4580).

¹³⁵ STS 16.7.2015 (RJ 2015, 2782).

¹³⁶ STS 25.4.2011 (RJ 2011, 3711).

te ya una sentencia penal que condena a un progenitor por atentar contra la integridad física del hijo, y en la medida en que esa sentencia vincula en cuanto a los hechos probados a la jurisdicción civil, cabrá acordar la suspensión de las visitas por el peligro para el menor que deriva del contacto con un progenitor que ya ha demostrado, por su conducta agresiva y violenta, poner en peligro la misma salud del hijo.¹³⁷ Sin embargo, en casos de violencia de género, y habiéndose suspendido las visitas inicialmente por el juzgado competente, no ha lugar a la restricción, si no constan datos suficientes para entender que un sistema normalizado de visitas pueda generar una situación de riesgo o perjuicio a los menores.¹³⁸

En esa misma línea, el Tribunal Constitucional¹³⁹ considera que el riesgo para el menor que pudiera justificar la restricción de las visitas o su suspensión puede consistir en una *alteración efectiva de la personalidad del hijo*, “merced a un comportamiento socialmente indebido de su progenitor, bien sea por la negatividad de los valores sociales o afectivos que éste le transmite durante el tiempo en que se comunican, bien por sufrir el menor de manera directa los efectos de actos violentos, inhumanos o degradantes a su dignidad ocasionados por el padre o la madre, o que de manera persistente alteran o perturban su psique”. Incluso, llega a admitir como causa justificadora, cualquier otra perturbación de la personalidad del hijo, “incluso si se debieran a circunstancias incontrolables para el progenitor causante (depresiones o problemas mentales de diversa índole)”.

El juez puede acordar la suspensión del ejercicio de la patria potestad a un inculpado por violencia de género a sus descendientes. Si no acordara la suspensión, el juez deberá pronunciarse en todo caso sobre la forma en la que se ejercerá la patria potestad (artículo 65, LO 1/2004, de 28 de diciembre, en redacción dada por la LO, 8/2015 —artículo 3.3—).¹⁴⁰ Puede también ordenar la suspensión del régimen de visitas, estancia, relación o comunicación del inculpado por violencia de género respecto de los menores que dependan de él. Si no lo suspende deberá igualmente determinar su modo de ejercicio (artículo 66, igualmente redactado por la LO, 8/2015 —artículo 3.4—). De este modo, en el supuesto de que la madre se encontrara amparada por una orden de protección frente al progenitor, puede considerarse adecuada esa suspensión por razón de proteger el interés del menor.¹⁴¹

¹³⁷ STS 11.11.2005 (RJ 2005, 9476).

¹³⁸ STS 27.10.2015 (RJ 2015, 5043).

¹³⁹ STC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176).

¹⁴⁰ Véase Instrucción de la Fiscalía General del Estado 4/2004, de 14 de junio (JUR 2004, 284564).

¹⁴¹ STS 11.2.2011 (RJ 2011, 2311).

A juicio del TEDH, la adecuación de una medida también puede evaluarse, entre otros criterios, por la rapidez de su ejecución.¹⁴² Sin embargo, a su entender, la adaptación del menor a un nuevo entorno familiar no resulta bastante para justificar la ruptura definitiva de las relaciones, aunque sí la suspensión temporal,¹⁴³ puesto que también resulta obligado facilitar la reanudación de la vida familiar, pues el artículo 8, CEDH, comprende también la adopción de las medidas preparatorias para alcanzar ese resultado.¹⁴⁴ Y es que, “el respeto efectivo por la vida familiar requiere que las relaciones futuras entre padre y un hijo no pueden verse determinadas por el mero transcurrir del tiempo”.¹⁴⁵

Pues bien, a pesar de que las autoridades nacionales gozan de una amplia libertad para valorar la necesidad, en especial cuando existe una urgencia, se habrá de evaluar especialmente si existen o no otras soluciones distintas antes de ejecutar una medida que puede resultar irremediable,¹⁴⁶ y si existen circunstancias tales que justifiquen la ruptura de las relaciones familiares.¹⁴⁷

¹⁴² SSTEEDH 13.10.2009 —*asunto Costreie contra Rumania*— (TEDH 2009, 105); 22.9.2009 —*asunto Stocklak contra Polonia*— (TEDH 2009, 96); 2.2.2010 —*asunto Dabrowska contra Polonia*— (TEDH 2010, 21); 12.4.2011 —*asunto Gluhakovic contra Croacia*— (JUR 2011, 113684); 3.11.2011 —*asunto Kuscuglu contra Turquía*— (TEDH 2011, 91); 11.12.2012 —*asunto Ball contra Andorra*— (TEDH 2012, 118); 20.1.2015 —*asunto Manuello y Nevi contra Italia*— (TEDH 2015, 16); 2.4.2015 —*asunto Ribic contra Croacia*— (JUR 2015, 97675); 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807); 17.11.2015 —*asunto Bondavalli contra Italia*— (JUR 2015, 272074). *Cfr.* STC 1.2.2016 —recurso de amparo 2937-2015—./ Con carácter general, ha considerado que los asuntos relativos a la autoridad parental y al derecho de visita deben ser tratados con una particular celeridad [STEDH 10.2.2011 —*asunto Tsikakis contra Alemania*— (JUR 2011, 37824)]. Asimismo, véase SSTEEDH 28.6.2012 —*asunto X. contra Eslovenia*— (JUR 2012, 216896); 2.4.2015 —*asunto Ribic contra Croacia*— (JUR 2015, 97675). Igualmente, véase STC 16/2016, de 1 de febrero (RTC 2016, 16).

¹⁴³ STEDH 26.5.2009 —*asunto Amanalachioai contra Rumania*— (TEDH 2009, 59).

¹⁴⁴ *Idem.* Véase igualmente, SSTEEDH 22.9.2009 —*asunto Stocklak contra Polonia*— (TEDH 2009, 96); 20.12.2011 —*asunto Prodelalová contra República Checa*— (TEDH 2011, 111); 18.6.2013 —*asunto RMS contra España*— (TEDH 2013, 60); 18.10.2011 —*asunto Lyubanova contra Bulgaria*— (TEDH 2011, 83); 16.7.2015 —*asunto Mamchur contra Ucrania*— (JUR 2015, 185811).

¹⁴⁵ STEDH 2.2.2010 —*asunto Dabrowska contra Polonia*— (TEDH 2010, 21). Igualmente, véase SSTEEDH 18.10.2011 —*asunto Lyubanova contra Bulgaria*— (TEDH 2011, 83); 22.4.2010 —*asunto Macready contra República Checa*— (JUR 2010, 121726).

¹⁴⁶ STEDH 27.1.2015 —*asunto Paradiso y Campanelli contra Italia*— (TEDH 2015, 17).

¹⁴⁷ STEDH 16.7.2015 —*asunto Akinnibosun contra Italia*— (JUR 2015, 185807).

En definitiva, sólo ante razones de mucho peso¹⁴⁸ y, por tanto, importantes, relevantes y suficientes,¹⁴⁹ cabe admitir esa injerencia pública en la esfera de los derechos que pretenden garantizar la relación personal del individuo.¹⁵⁰

Por tanto, “el interés del menor impone que sólo *en circunstancias excepcionales* pueden llevar a un ruptura del vínculo familiar y que sea haga lo posible para mantener las relaciones personales”.¹⁵¹ Pero además, esa decisión habrá de tener en cuenta no sólo los derechos del menor, sino también los de los demás interesados, tales como su libertad ideológica o religiosa o su derecho a la libertad de orientación sexual,¹⁵² únicamente cabría restringir o suspender las relaciones del menor con sus progenitores, abuelos, parientes y otros allegados, en el supuesto de que resultara acreditado que esa ideología o esa religión¹⁵³ repercuten negativamente y constituyen un peligro para la salud o para la integridad física o moral del menor e inciden perjudicialmente en el desarrollo de su personalidad, de forma que la medida que se adopte, en el interés superior del menor, no restrinja o limite más derechos que los que ampara:

El incumplimiento del régimen de visitas por parte del “visitador” puede ser subsumido en alguno de los delitos contra los derechos y deberes familiares de los artículos 223 a 233, CP —que pueden acarrear la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad—, o como delito del artículo 556, CP. Resulta también lógico que los incumplimientos reiterados puedan llegar a justificar una restricción o suspensión del régimen

¹⁴⁸ STEDH 18.6.2013 —*asunto RMS contra España*— (TEDH 2013, 60).

¹⁴⁹ SSTEDH 20.1.2011 —*asunto Rytchenko contra Rusia*— (JUR 2011, 14350); 10.2.2011 —*asunto Tsikakis contra Alemania*— (JUR 2011, 37824); 1.8.2013 —*asunto Dmitriy Ryabov contra Rusia*— (JUR 2013, 269763); 27.5.2014 —*asunto Buchs contra Suiza*— (JUR 2014 161870); 2.4.2015 —*asunto Ribic contra Croacia*— (JUR 2015, 97675); 22.10.2015 —*asunto Jovanovic contra Suecia*— (JUR 2015, 246772); 16.7.2015 —*asunto Mamchur contra Ucrania*— (JUR 2015, 185811)./ En esa línea, véase SAP Barcelona 15.5.2019 (JUR 2019, 184262).

¹⁵⁰ A consideraciones suficientemente sólidas e importantes en el interés del menor, hace referencia la STEDH 27.9.2011 —*asunto M. y C. contra Rumania*— (TEDH 2011, 75). Igualmente, véase STEDH 6.9.2018 —*asunto J. contra Noruega*— (JUR 2018, 230679).

¹⁵¹ STEDH 28.4.2016 —*asunto Cincimino contra Italia*— (JUR 2016, 85031).

¹⁵² SSTC 176/2008, de 22 de diciembre (RTC 2008, 176) y STDEH 30.11.2010 —*asunto PV contra España*— (TEDH 2010, 112).

¹⁵³ De ahí que, si no se acredita que las creencias o la ideología de un progenitor son efectivamente peligrosas o perjudiciales para el desarrollo personal de sus hijos, no debe haber lugar a una restricción severa de las relaciones personales entre ellos, pues una medida semejante no se revelaría ni como necesaria, y resultaría desproporcionada al resultar afectada la libertad ideológica y de creencias del propio padre (STC 141/2000, de 29 de mayo —RTC 2000, 141—).

de visitas (artículo 776.3, LEC, y artículo 158, CC) e, incluso, podría fundar la privación de la patria potestad (artículo 170, CC), y esto sin perjuicio de la eventual responsabilidad que cabría exigir por los daños morales que, en su caso, se hubieran podido infligir al menor.

El incumplimiento puede provenir del progenitor guardián cuando obstaculiza o impide esas visitas (incluso provocando que sea el hijo quien se oponga a las visitas).¹⁵⁴ Esa conducta puede ser sancionada como delito del artículo 556, CP. De otra parte, el artículo 776.3, LEC, autoriza, cuando el incumplimiento sea reiterado, la modificación del régimen de visitas o el de guarda (véase también, artículo 158). Pero no permite compensarlo con el cumplimiento de la obligación de prestar alimentos.¹⁵⁵ En su caso, y para los casos más extremos, cabría pensar en una aplicación del artículo 170 para privar a este progenitor de la patria potestad. Y sin perjuicio también, de su eventual responsabilidad civil.

VI. CONCLUSIONES

Primera: la reforma del artículo 160, CC, por la Ley 26/2015, de 22 de julio, dio un giro completo al modo de entender las relaciones del menor con su núcleo afectivo y/o familiar de origen. Actualmente, en el derecho español, se reconoce que ese derecho de relación es un derecho del propio menor y no sólo de aquéllos con los que éste se relaciona. En esa medida, se avanza en la línea mostrada por los textos de los instrumentos jurídicos internacionales en la materia (por ejemplo, artículo 9.3 de la Convención de los Derechos del Niño; artículo 14 de la Carta Europea de los Derechos del Niño o artículo 24.3 de la Carta Europea de Derechos Fundamentales).

Segunda: el derecho de visita o de relación del menor con su entorno afectivo se conecta con el derecho del menor a una vida familiar, con su derecho a crecer y ser educado en el seno de su propia familia, y, en última instancia, con su derecho al libre desarrollo de su personalidad, para el que resultan indispensables los contactos directos con su familia nuclear, pero también con otras personas distintas con las que hubiera estado unido por vínculos afectivos estrechos. De ahí que se reconozca ese derecho de relación del menor con sus abuelos, hermanos, parientes y allegados (artículo 160, CC); que también se admita ese contacto con sus ex acogedores familiares (artículo 20 bis 1 m., Ley Orgánica 1/1996) e, incluso, con sus

¹⁵⁴ Sobre el síndrome de alienación parental y el régimen de visitas, véase García Garnica, María del Carmen, “El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009, pp. 201 y ss.

¹⁵⁵ STS 26.12.2002 (RJ 2002, 10756).

exparientes en los supuestos de la denominada adopción abierta (artículo 178.4, CC).

Tercera: el respeto a la vida privada y familiar, reconocido en el artículo 8, CEDH, fundamenta también el derecho que ostentan los padres, abuelos, hermanos, parientes y allegados para relacionarse con el menor, aunque ese derecho resulte modulado por la necesaria salvaguardia del interés del menor, como así resulta del artículo 2, LO 1/1996.

Cuarta: las penas privativas de libertad no han de provocar la amputación del derecho a la vida privada y familiar de los reclusos, ni originar que los menores se vean privados de toda relación con aquellos miembros de su núcleo afectivo de procedencia afectos a dichas penas. No obstante, el artículo 160.1, CC, en su segundo inciso, supedita esa relación al propio interés del menor. Cuando dicho interés aconseje su mantenimiento, la administración debe facilitar el traslado del menor al centro penitenciario acompañado, ya sea por un familiar designado por la administración competente o por un profesional que habrán de velar por la preparación del niño a dicha visita. La visita debe realizarse fuera del horario escolar y desarrollarse en un entorno adecuado.

Quinta: el contenido del derecho de relación del menor con personas distintas a sus progenitores, tales como abuelos, hermanos, parientes o allegados, no puede ser idéntico, ni en su forma de presentación, ni en su amplitud o duración al que corresponde a los padres, teniendo siempre en cuenta el interés del niño. Además, no podrán perturbar el normal ejercicio de la patria potestad, ni erigirse en una vía instrumental para una relación con los padres que una resolución judicial o administrativa hubiera suprimido o limitado.

Sexta: el derecho de relación comprende la visita en sentido estricto, pero también cualquier otra forma de comunicación, pudiendo el juez adoptar cuantas medidas cautelares estime oportunas a fin de salvaguardar el interés del menor; ponderando, en su caso, la posible aflicción de los derechos fundamentales de las personas implicadas con el mismo interés del niño.

Séptima: cualquier decisión judicial sobre el régimen de relación del menor con su núcleo afectivo de procedencia debe fundarse en su interés concretado a través de los factores de ponderación contenidos en el artículo 2, LO 1/1996. El respeto al derecho a la tutela judicial efectiva exige que cualquier decisión al respecto resulte motivada y fundada precisamente en dicho interés. Cualquier medida restrictiva de esas relaciones exige ponderar los derechos fundamentales afectados, por lo que dicha medida, además de legal, ha de verse y justificarse como necesaria y proporcionada al fin de salvaguardar el superior interés del menor.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- BALLESTEROS, María, “Comentario a los artículos 154 a 180, CC”, en BERCOVITZ, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4a. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- COLÁS ESCANDÓN, Ana María, “El régimen de relaciones personales entre abuelos y nietos fijado judicialmente, con especial referencia a su extensión (a propósito de la STC, Sala 2a., núm. 138/2014, de 8 de septiembre)”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 29, 2015.
- GARCÍA GARNICA, María del Carmen, “El síndrome de alienación parental a la luz del interés superior del menor”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 23, 2009.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- QUICIOS, Susana, “Comentario a los artículos 108 a 111, CC”, en BERCOVITZ, Rodrigo (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 4a. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, 2013.
- RIVERO HERNÁNDEZ, Francisco, *El derecho de visita*, Barcelona, Bosch, 1997.
- ROBERTSON, Oliver, *Convictos colaterales: niños y niñas de progenitores presos. Recomendaciones y buenas prácticas del Comité de las Naciones Unidas sobre los Derechos de la Niñez, en el Día de Debate General 2011. Publicaciones sobre los Refugiados y los Derechos Humanos*, Quaker United Nations Office, agosto de 2012.
- ROCA I TRÍAS, Encarna, “Comentario al artículo 94, CC”, *Comentarios del Código Civil*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1991, t. I.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia, “Últimas reformas de las instituciones privadas de protección de menores, y la filiación por la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y la adolescencia”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 3, 2016.
- SABATER BAYLE, Elsa, “La adopción abierta”, en CABEDO, Vicente y RAVETLLAT, Isaac (coord.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

Informes

- BOCG, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, núm. 109, 7 de mayo de 2013.
- Código del Derecho Foral de Aragón y artículo 38 de la Ley 14/2010, de 27

de mayo, de Normas Regulatoras de los Derechos y las Oportunidades en la Infancia y la Adolescencia de Cataluña.

Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes presentados por los Estados Partes en virtud del Artículo 44 de la Convención. Entorno Familiar y Modalidades Alternativas de Cuidado, 55o. periodo de sesiones, 2010.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 12 (2009) sobre el Derecho del Niño a ser Escuchado, 20 de julio de 2009.

Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 (2013) sobre el Derecho del Niño a que su Interés sea una Consideración Primordial (artículo 3, párrafo 1), 29 de mayo de 2013.

Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en Estrasburgo el 25 de enero de 1996 (Instrumento de Ratificación *BOE*, núm. 45, 21 de febrero de 2015).

Ley 26/2015, de 22 de julio.

Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio.

ONU, Directrices sobre las Modalidades Alternativas de Cuidado de los Niños. Resolución de la Asamblea General, 64o. periodo de sesiones, 24 de febrero de 2010.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 2011 (Instrumento de Ratificación *BOE*, núm. 27, 31 de enero de 2014).

CAPÍTULO CUARTO

DEBATE EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ
Isabel FULDA GRAUE

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Principales debates en torno a la gestación subrogada*. III. *Regulación de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida en México*. IV. *Regulación de la gestación subrogada en México*. V. *Criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre determinación de la filiación en procedimientos de reproducción asistida*. VI. *Conclusiones*. VII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

La práctica de la gestación subrogada¹ es compleja, implica cuestiones que aún no cuentan con respuestas claras, desde el marco de los derechos humanos ni de los feminismos, y que deben ser resueltas a nivel nacional e internacional para evitar abusos, explotación y violaciones a derechos humanos.

Existen importantes variaciones en la práctica alrededor del mundo, la falta de consenso a nivel global ha llevado a que los Estados asuman posturas diversas en torno a permitir o prohibir la figura. En los Estados en que se permite su práctica, también existe disparidad en torno a diversos aspectos, como si deben admitirse acuerdos onerosos o solamente los de carácter altruista; las condiciones de acceso, la participación de intermediarios, y la forma de prevenir posibles conflictos de interés, entre otros.

¹ La gestación subrogada es un contrato a través del cual una mujer acepta gestar para una persona o pareja que tiene la intención de fungir como padre(s) o madre(s) de la niña o niño nacidos de dicho embarazo.

El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) ha documentado las violaciones a derechos humanos relacionadas con la práctica de la gestación subrogada en México:² ausencia de contratos, abusos por parte de clínicas y agencias, negación de documentos de identidad a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, criminalización de las mujeres gestantes, entre otras. Algunos de estos patrones existían bajo el marco jurídico mínimo que establecía, desde 1997, el Código Civil del Estado de Tabasco; otros surgieron o se reforzaron como consecuencia de la reforma a dicho código en enero de 2016.

Así, la situación actual en México es una en la que dos entidades —Tabasco y Sinaloa— regulan de manera deficiente la gestación subrogada en su legislación civil y familiar, respectivamente. Por su parte, los estados de Querétaro y San Luis Potosí han incluido artículos en su Código Civil y Familiar, respectivamente, que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada. En el resto del país esta práctica permanece desregulada.

A nivel federal, persiste una ausencia de regulación con respecto a las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), procedimientos que resultan muy relevantes para quienes participan en acuerdos de gestación por contrato.

La existencia de abusos documentados alrededor del mundo en acuerdos de gestación subrogada es innegable, pero son sólo una parte de la historia, en la que además el prohibicionismo ha resultado un mecanismo inútil. Lejos de eliminar la gestación subrogada, su prohibición en países previamente permisivos, sin regulación o con un deficiente marco normativo, ha llevado a que continúe de forma clandestina o bien migre a otras regiones. La penalización tampoco ha tenido como consecuencia la desaparición de la industria ni de sus representantes más cuestionables, sino la criminalización de mujeres pobres y su mayor precarización.³

II. PRINCIPALES DEBATES EN TORNO A LA GESTACIÓN SUBROGADA

La práctica de la gestación subrogada plantea problemas particularmente difíciles, ya que involucra temas controvertidos que siguen sin resolverse des-

² Los principales insumos utilizados para este texto son resultado de la labor del GIRE, gran parte de los cuales han sido plasmados en el informe *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, México, GIRE, 2017, disponible en gestacion-subrogada.gire.org.mx.

³ Fulda, Isabel, “Gestación subrogada: no abolir el debate”, *Letras Libres*, abril de 2019, disponible en <https://www.letraslibres.com/mexico/revista/gestacion-subrogada-no-abolir-el-debate>.

de una perspectiva feminista y de derechos humanos. A pesar de la multiplicidad de elementos a considerar en torno a estos acuerdos, existen tres grandes temas de debate teóricos y prácticos alrededor del mundo. Primero, la discusión sobre si la gestación subrogada debe ser regulada o prohibida en general. Segundo, el asunto de la remuneración económica para la mujer gestante. Tercero, la definición de quienes deben tener acceso a celebrar este tipo de acuerdos.

Además, el aumento a nivel mundial del número de personas que participan en acuerdos de gestación subrogada ha llevado a complejas discusiones teóricas y políticas sobre diversas cuestiones como son los derechos de las partes que intervienen en los acuerdos, las reglas para determinar la filiación de los niños y niñas nacidos por gestación subrogada, y el marco legal internacional necesario para responder a esta práctica global.

1. Prohibir o regular la gestación subrogada

El debate en torno a la gestación subrogada se ha dividido entre quienes califican esta práctica como inherentemente coercitiva y de explotación sobre las mujeres, y argumentan que, por lo tanto, debe ser prohibida en todas sus formas. Por otro lado, hay quienes, si bien reconocen la existencia de abusos en su práctica, consideran importante asegurar el consentimiento de las partes y evitar abusos. El respeto a los derechos humanos —en particular, el derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo— obliga a reconocerla y aceptarla y, por esto, es necesario regular su práctica. Ésta es la postura de GIRE.

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

2. Remuneración a las mujeres gestantes

La remuneración económica es uno de los elementos más controversiales en la discusión sobre la gestación subrogada. Por un lado, existen

quienes se oponen tajantemente a que exista una compensación económica, argumentando que la cantidad que reciben las mujeres gestantes es tan baja que constituye una forma de explotación. Por otro lado, hay quienes consideran que, si la remuneración económica para las mujeres gestantes es muy alta en relación con lo que podrían ganar en otra actividad, no habría manera racional de que pudieran negarse a participar. Es decir, el pago las induce a aceptar y pone su consentimiento en duda.⁴ Ambos argumentos se enmarcan en contextos de gran desigualdad, donde la gestación subrogada es legal.

En contraste, existen quienes defienden el establecimiento de una remuneración por los servicios reproductivos que ofrece la mujer gestante. Afirman que respetar la capacidad de agencia de las mujeres implica compensar el servicio que proveen al gestar por otros, considerando el trabajo físico que esto representa y los riesgos asociados. Si bien se deben establecer medidas para prevenir la explotación y asegurar el consentimiento informado de las mujeres gestantes, la gestación subrogada no tiene por qué realizarse necesariamente de forma gratuita o altruista.

GIRE considera que la narrativa común, que sugiere que la gestación subrogada debe llevarse a cabo siempre con fines estrictamente “altruistas”, se basa en estereotipos de género que desconocen la autonomía reproductiva de las mujeres gestantes, y resulta poco efectiva para enfrentar los abusos en que pueden incurrir las clínicas y agencias dedicadas a este ejercicio. Así, establecer un requisito de gratuidad, tanto en la legislación como en los contratos de gestación subrogada, no es una vía idónea para proteger a las mujeres, pues llevaría la práctica a la clandestinidad. Es decir, seguirán existiendo promesas de pago que, por ser informales, dejarían a las mujeres gestantes sin la posibilidad de presentar algún recurso legal para exigir su cumplimiento.

3. Acceso a la práctica

A pesar de que las restricciones impuestas para acceder a la práctica comúnmente buscan justificarse bajo la idea de que sirven para “proteger” a las mujeres gestantes y/o a las niñas y niños nacidos a partir de estos acuerdos, esto no siempre es así. Suelen esconder prejuicios contrarios a los derechos humanos o, simplemente, no son la vía idónea para lograr este

⁴ Para una discusión acerca de estos argumentos y cómo deben ser conceptualmente separados, véase Macklin, Ruth, *Surrogates and Other Mothers: the Debates over Assisted Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1994.

objetivo. Por ejemplo, el requisito de que los padres intencionales sean una pareja casada o en concubinato, conformada por un hombre y una mujer, es una restricción común en la normativa internacional.

En México, el 27 de enero de 2017, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) emitió la tesis jurisprudencial 08/2017, cuya aplicación se volvió obligatoria a partir del 30 de enero del mismo año. En ésta, la SCJN determinó que, “la vida familiar entre personas del mismo sexo no se limita únicamente a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres. Así, existen parejas del mismo sexo que hacen vida familiar con niños y niñas procreados o adoptados por alguno de ellos, o parejas que utilizan los medios derivados de los avances científicos para procrear”.⁵ La resolución reconoce la protección constitucional para todo tipo de familias, incluyendo aquellas que se forman a través de TRHA. Con base en este precedente y el artículo 1o. constitucional, las autoridades mexicanas están obligadas a reconocer los diferentes tipos de familia sin discriminación, sean parejas del mismo sexo, de diferente sexo o personas solteras.

En particular, GIRE considera que el acceso a la gestación subrogada no debe limitarse por razones de sexo, estado civil, orientación sexual o nacionalidad, y que otros requisitos, como la edad o la residencia, deben ser claramente argumentados por parte del Estado como la mejor vía para proteger derechos.

III. REGULACIÓN DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN HUMANA ASISTIDA EN MÉXICO

Toda vez que, en la mayoría de los casos, es necesario recurrir a TRHA en la gestación subrogada, es fundamental contar con un marco normativo que regule, de manera general, el acceso y práctica de estos procedimientos.

El acceso a las TRHA implica el ejercicio de una serie de derechos humanos, entre ellos a fundar una familia, a la vida privada (autonomía reproductiva), a la salud y a beneficiarse del progreso científico. Garantizar estos derechos incluye la regulación e implementación de las TRHA, para que quienes no puedan embarazarse sin intervención médica puedan acudir a ellas.

⁵ Tesis 1a. J.8/2017(10a.), DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, disponible en <http://bit.ly/2jxqRVn>.

En México, el artículo 3o. de la Ley General de Salud establece que el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y células es materia exclusiva federal de salubridad general. Por lo tanto, la emisión de la normatividad aplicable a los servicios de reproducción asistida es competencia federal, y con fundamento en el artículo 73 constitucional, corresponde a la Ley General de Salud establecer las bases para su regulación. A pesar de que en México, desde hace décadas, miles de personas recurren a estos procedimientos por diversas razones: son infértiles, son parejas del mismo sexo o son personas solteras, entre otras; hasta este momento, no existe una normativa federal vigente que regule estos procedimientos y, por lo tanto, se prestan sin una verificación sanitaria adecuada ni protección a los derechos humanos de las partes.⁶

De acuerdo con cifras publicadas por la Red Latinoamericana de Reproducción Asistida (Red Lara) de 1990 a 2012,⁷ en América Latina nacieron 128,245⁸ niños con ayuda de alguna TRHA. Los países en donde se registró el mayor número de nacimientos fueron: Brasil (56,674); Argentina (26,085), seguido por México (17,238). Estos tres países representan 78% del total de nacimientos que registró la Red Lara de 1990 a 2012.

En México, hasta el 31 de diciembre de 2018, 130 clínicas o establecimientos privados y públicos⁹ operan y practican TRHA, con licencia sanitaria expedida por la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris);¹⁰ sin embargo, hasta este momento, ni el Congreso de la Unión ni la Secretaría de Salud federal han atendido a su obligación de establecer una normativa en la materia que sea compatible con los avances de la ciencia médica y con los derechos humanos.

⁶ Véase capítulo de reproducción asistida en GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, pp. 209-243, disponible en <http://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.

⁷ Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo, disponible en http://redlara.com/PDF_RED_RED/Situacao_atual_RED_LARA_no_mundo.pdf

⁸ Países incluidos en la cifra total son: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

⁹ Sistema infomex, folio 1215100092419.

¹⁰ Conforme a la Ley General de Salud, la Secretaría de Salud ejerce las atribuciones de regulación, control y fomento sanitario, a través de la Cofepris, en lo relativo al control y vigilancia de los establecimientos de salud; el control sanitario de productos y servicios; el control sanitario de la disposición de órganos, tejidos y sus componentes, células de seres humanos, entre otros. Por esto, por disposición de ley, los establecimientos en los que se practican procedimientos de reproducción asistida deben contar con una licencia sanitaria expedida por la Cofepris.

Iniciativa para reformar la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida

A pesar de que la primera iniciativa en la materia se presentó en el seno del Poder Legislativo en 1999,¹¹ a la fecha ningún proyecto ha sido aprobado.¹² La última iniciativa se presentó, por la exsenadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, en noviembre de 2018;¹³ el proyecto busca que se reformen y adicionen diversas disposiciones de la Ley General de Salud, para regular a nivel nacional el acceso a las técnicas de reproducción asistida en general, garantizando con esto el ejercicio de diversos derechos humanos para aquellas personas que requieren de este tipo de procedimientos, y no de una propuesta dirigida en específico a la regulación de la gestación subrogada.

En este proyecto se reconoce que el Estado debe garantizar el acceso a los servicios de reproducción humana asistida como una forma de proteger el derecho de las personas a fundar una familia, a la igualdad y no discriminación, a la salud, y a beneficiarse del progreso científico.

Hasta este momento, la iniciativa se encuentra pendiente de dictamen en las Comisiones Unidas de Salud y de Estudios Legislativos, así como en espera de la opinión por parte de la Comisión de Derechos de la Niñez y de la Adolescencia, todas del Senado de la República.

¹¹ González Santos, S. P., “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society*, vol. 2, 2016, p. 124, disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/82179219.pdf>

¹² Algunas de las iniciativas que se han presentado, tanto en la Cámara de Diputados como en el Senado, se pueden consultar en GIRE, Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México, 2013, pp. 168, 169, disponible en <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>; GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, pp. 226-228, disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>; Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética, en Torno al Marco Regulatorio de la Reproducción Humana Asistida, 2013, disponible en <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.

¹³ Iniciativa de la senadora Olga María del Carmen Sánchez Cordero Dávila, con proyecto de decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de reproducción humana asistida, disponible en <https://morena.senado.gob.mx/2018/11/20/iniciativa-de-la-senadora-olga-maria-del-carmen-sanchez-cordero-davila-con-proyecto-de-decreto-por-el-que-se-reforman-y-adicionan-diversas-disposiciones-de-la-ley-general-de-salud-en-materia-de-repro/>.

IV. REGULACIÓN DE LA GESTACIÓN SUBROGADA EN MÉXICO

Por su parte, la gestación subrogada, hasta este momento, ha sido regulada únicamente en dos estados: Tabasco y Sinaloa. En 1997, el estado de Tabasco introdujo una regulación sobre gestación subrogada en su Código Civil, que simplemente contemplaba el registro de menores nacidos a partir de estos acuerdos. Es decir, la legislación permitía que existieran los contratos, pero no ofrecía protecciones a las partes y favorecía la aparición de ciertos abusos y problemas. El 13 de enero de 2016 se aprobó una reforma a dicha legislación, lo que dio lugar a algunas nuevas oportunidades y, al mismo tiempo, dio lugar a nuevos problemas y violaciones a derechos humanos por parte de autoridades del Estado.

En Sinaloa, la figura se introdujo en 2013 en su Código Familiar,¹⁴ este ordenamiento prevé que sólo podrán acceder a los acuerdos los ciudadanos mexicanos,¹⁵ disposición que deja fuera a personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país; pueden celebrarlo parejas heterosexuales;¹⁶ además, es requisito que la madre intencional esté imposibilitada físicamente o exista contraindicación médica para llevar a cabo la gestación en su útero.¹⁷

En contraste, Querétaro¹⁸ y San Luis Potosí¹⁹ han incluido artículos en sus códigos Civil y Familiar, respectivamente, que desconocen explícitamente cualquier acuerdo de gestación subrogada. Es decir, establecen que siempre se presumirá la maternidad de la mujer gestante y que no se podrá hacer válido ningún acuerdo que diga lo contrario.²⁰ En el resto del país, la práctica permanece desregulada.

¹⁴ Artículos 282 a 297 del Código Familiar de Sinaloa.

¹⁵ Artículo 290, fracción I, del Código Familiar de Sinaloa.

¹⁶ Artículo 287 del Código Familiar de Sinaloa.

¹⁷ Artículo 283 del Código Familiar de Sinaloa.

¹⁸ Código Civil de Querétaro, artículo 400. “Las parejas adoptantes de embriones no podrán procurar la maternidad asistida o subrogada, ni contratar el vientre de una tercera mujer para la gestación del embrión”.

¹⁹ Código Familiar de San Luis Potosí, artículo 243. “Es inexistente la maternidad sustituta y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera”.

²⁰ El 15 de diciembre de 2015 se publicó en el *Periódico Oficial* la reforma que derogó el artículo 491 del Código Civil para el Estado de Coahuila que establecía lo siguiente: “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”. Por lo que, a

La situación actual en Tabasco

A pesar de que la posibilidad de participar en un contrato de gestación subrogada en Tabasco se introdujo hace veintidós años, el número de personas y parejas de otros países que viajaban al estado a realizar contratos de este tipo aumentó a partir de 2012, cuando India —el entonces mayor destino de gestación subrogada en el mundo— modificó su legislación para imponer restricciones importantes a personas extranjeras y parejas del mismo sexo.

En 2014, Tailandia hizo lo propio, lo cual también derivó —aunque en menor medida— en un mayor número de casos de gestación subrogada transfronteriza en México.²¹ En respuesta a esta situación, el Gobierno del estado de Tabasco reformó en enero de 2016 el Código Civil local para incluir el capítulo 6 bis, De la gestación sustituta y subrogada, con una regulación más comprehensiva que la que había estado vigente hasta entonces.

A. Algunos aspectos problemáticos en la implementación de la reforma en Tabasco

En principio, la reforma no aclaró qué ocurriría con aquellos contratos firmados antes de la reforma, cuyos efectos ocurrirían con posterioridad a la misma. Esta situación provocó que el Gobierno del estado de Tabasco exigiera requisitos —como que los padres intencionales fueran mexicanos— integrados al Código Civil, a partir de la reforma a las partes de contratos de gestación subrogada, suscritos antes de la publicación de la nueva legislación. Es decir, que quienes firmaron un contrato de este tipo antes de enero de 2016 encontraron obstáculos para el registro de sus hijos, por no cumplir con los nuevos requisitos. La aplicación retroactiva de la ley es una violación a los derechos humanos de las partes que, en este caso, llevó a una situación de incertidumbre jurídica generalizada en el estado.

Por otra parte, la obligación establecida en la normativa vigente en Tabasco de que todas las partes del proceso deben ser mexicanas, discrimina a las personas extranjeras que son residentes permanentes o temporales en el país, incluidas aquéllas en concubinato o matrimonio con personas mexica-

partir de 2015 Coahuila forma parte de los estados en los que la gestación subrogada no está regulada.

²¹ Hovav, April, “Producing Moral Palatability in the Mexican Surrogacy Market”, *Gender & Society*, vol. 33, núm. 2, abril de 2019, p. 274.

nas. Esta restricción, promovida por parte del Gobierno de Tabasco como una forma de “proteger” a las mujeres de la entidad, ha derivado en un clima de persecución y estigma hacia padres intencionales y mujeres gestantes, así como en la falta de protección de niños y niñas nacidos de estos acuerdos.

Asimismo, por definición, la normativa se refiere a la existencia de una madre y un padre contratantes,²² lo que excluye implícitamente a personas solteras y parejas del mismo sexo de acceder a estos acuerdos y que, por lo tanto, es discriminatoria por razón de orientación sexual y estado civil. Aunado a esta limitante, para recurrir a la gestación subrogada, el registro del nacimiento del recién nacido o nacida, mediando un acuerdo de gestación subrogada, se deberá realizar mediante la figura de la adopción plena aprobada por juez competente, en los términos de lo que establece el Código Civil de Tabasco.²³ Sobre la adopción plena, el código establece que para que tenga lugar esta adopción, se requiere que los adoptantes sean un hombre y una mujer casados entre sí o que vivan en concubinato.²⁴ En el caso de México, dicha limitación es violatoria del artículo 1o. constitucional, de la jurisprudencia emitida el 27 de enero de 2017 por la SCJN relativa a la vida familiar entre personas del mismo sexo,²⁵ así como de los tratados internacionales de los que México es parte.

Si bien se puede justificar el establecimiento de ciertos requisitos de acceso en aras del interés superior de los niños y niñas, así como la protección de los derechos de las mujeres gestantes, éstos deben estar justificados o basarse en una evaluación individual caso por caso. Los prejuicios de legisladores y funcionarios públicos no deben traducirse en el establecimiento de normas y políticas públicas discriminatorias.

Asimismo, la normativa actual establece ciertos requisitos que, en caso de no cumplirse, producirían la nulidad del contrato de gestación subrogada. Sin embargo, estas disposiciones son ambiguas, situación que genera inseguridad jurídica para las partes. Por ejemplo, la intervención de agencias, despachos, o terceras personas en los acuerdos,²⁶ es una causa de nulidad,

²² Artículo 380 bis 3 del Código Civil de Tabasco.

²³ Artículo 380 bis 6. Asentamiento del recién nacido.

²⁴ Artículo 389, fracción I, del Código Civil de Tabasco.

²⁵ Tesis 1a. J.8/2017(10a.), DERECHO A LA VIDA FAMILIAR DE LAS PAREJAS DEL MISMO SEXO, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, 27 de enero de 2017, disponible en <http://bit.ly/2jqRVn>.

²⁶ Actualmente está pendiente que la SCJN resuelva una impugnación sobre la constitucionalidad de los artículos 380 bis, 380 bis 1, 380 bis 2, 380 bis 3, 380 bis 5, 380 bis 6 y 380 bis 7 del Código Civil del Estado de Tabasco. En su impugnación, la quejosa —persona

pero ignorar la existencia de intermediarios en la práctica puede contribuir a fomentar que actúen en la clandestinidad, sin que alguna autoridad sea capaz de controlar su funcionamiento y con esto evitar que incurran en abusos. El caso de Laura, acompañado por GIRE, es un ejemplo particularmente grave de esta situación:

LAURA: LAS CONSECUENCIAS DE UN ACUERDO INFORMAL²⁷

En enero de 2015, Laura decidió participar en un acuerdo de gestación subrogada con Eduardo y su pareja, que vivían en San Diego, California, a través de una agencia que desapareció al poco tiempo. No firmó ningún contrato ni recibió información acerca del procedimiento médico que le realizarían. El bebé nació en octubre de 2015, con graves complicaciones de salud, por lo que se decidió trasladarlo a un hospital particular donde permaneció dos semanas. La pareja contratante afirmó que no podía hacerse responsable de un bebé enfermo, que no querían esa carga y que sólo asumirían su paternidad cuando tuvieran la certeza de que el bebé estaba fuera de peligro. Pero el niño requería de una cirugía urgente. Ante la negativa de Eduardo y su esposa para registrar al niño y hacerse cargo de la cirugía, Laura y su esposo lo registraron como su hijo, para poder darle acceso al IMSS, y firmaron la autorización para la cirugía. Eduardo y su pareja no se hicieron responsables de nada y, finalmente, desaparecieron.

La cirugía fue exitosa, pero el bebé pasó tres meses hospitalizado. Laura y su esposo afrontaron los gastos de hospitalización y decidieron integrarlo a su familia como un hijo más. Un par de años más tarde, Eduardo se comunicó con Laura, expresando su intención de participar en la vida del niño. En julio de 2017, Laura acudió a una reunión con Eduardo y su abogado, donde la

moral— argumentó que los artículos impugnados le impedían desarrollar su principal objeto social, consistente en la prestación de servicios de reproducción asistida, al considerar nulo todo contrato de reproducción asistida en el que “intervengan agencias, despachos o terceras personas”. Por otro lado, la quejosa consideró violado su derecho a la libertad de trabajo y de comercio porque la legislación combatida establece a las partes contratantes el requisito de ser ciudadanos mexicanos, impidiéndole también la prestación de sus servicios a personas de nacionalidad extranjera. Finalmente, también sostuvo que tal prohibición vulnera los derechos fundamentales de igualdad y no discriminación de dichas personas, al afectar el derecho de esas personas a procrear hijos con base en una distinción arbitraria basada únicamente en su nacionalidad./ La Primera Sala analizará si la legislación que regula los procesos de reproducción asistida en el estado de Tabasco da la suficiente seguridad jurídica a las partes intervinientes y si esa regulación resulta violatoria de los derechos de libertad de trabajo, igualdad y no discriminación. Comunicado de prensa 113/2018, SCJN, 26 de septiembre de 2018, <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5758>.

²⁷ El presente caso es una actualización del caso de “Lisa”, que aparece documentado en el informe Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, GIRE, 2017, con los eventos ocurridos hasta el 1o. de agosto de 2017. Laura decidió salir a los medios para dar difusión al caso y recuperar a su hijo.

presionaron para entregar al menor, amenazándola con acusarla de secuestro, robo y venta de niños si no lo hacía. Le aseguraron que sólo deseaban realizarle una prueba de ADN y que se lo devolverían esa misma tarde. Laura, atemorizada y engañada, entregó al niño, quien por su condición de salud requería medicamentos especiales.

Como no le devolvieron al niño ni le respondían las llamadas, acompañada por GIRE, Laura presentó una denuncia ante la Fiscalía Especializada para la Búsqueda de Personas Desaparecidas y activó una Alerta Amber. Desde entonces recibió amenazas por parte de Eduardo y su abogado; las autoridades de Tabasco no hicieron nada por recuperar al menor y reintegrarlo a su familia. En cambio, argumentaron que el caso no era de su competencia y mandaron a Laura a otra fiscalía, donde la remitieron nuevamente a la primera. En julio de 2017, un Tribunal Federal concedió una orden para que las autoridades realizaran, con carácter de urgente, cualquier gestión necesaria para garantizar los derechos del menor y salvaguardar su integridad física, seguridad y salud.

El 10. de septiembre un policía en Tijuana ubicó a Eduardo y al menor. Aunque el niño viajaba con un nombre distinto, fue identificado físicamente gracias a la Alerta Amber emitida. Ambos fueron puestos a disposición del Ministerio Público en Tijuana, autoridad que dispuso que el menor quedara bajo custodia en el DIF de Tijuana y posteriormente fuera enviado al DIF de Villahermosa. Entonces se supo que, antes de ser detenido, Eduardo se había presentado en el Consulado estadounidense de esa ciudad fronteriza a pedir informes sobre los requisitos para registrar al niño como ciudadano de Estados Unidos: presentó un acta de nacimiento presuntamente expedida en Tabasco, en donde el menor aparece con otro nombre y él, como su padre. Eduardo fue puesto en libertad horas después de la detención. El 23 de octubre de 2017, casi cuatro meses después de su sustracción, el niño regresó al fin con Laura y a su familia.

El caso de Laura refleja un patrón de ausencias y abusos en la práctica de la gestación subrogada en el país. Su historia es, en primer lugar, una de abuso por parte de una agencia que le retuvo los pagos que los padres intencionales le enviaban mes a mes al tiempo que obstaculizó su comunicación con ellos. Pero no bastó con eliminar a la agencia que actuaba como intermediaria para resolver el problema. De hecho, continuar con el embarazo mediante un acuerdo verbal con la pareja la dejó en una situación de mayor desprotección, en especial porque no existe ningún tipo de regulación internacional de la práctica: los padres intencionales pudieron simplemente abandonarla junto con el bebé y volver a su país sin ninguna consecuencia.

Además, la amenaza a Laura de ser denunciada por delitos tan graves como el tráfico de menores, por parte de Eduardo, se enmarca en un con-

texto real de criminalización para las mujeres en el estado que deja a quienes participan en estos acuerdos en una situación de clara vulnerabilidad. Por esto, la legislación debería reconocer y regular la existencia de estos intermediarios, y definir qué instituciones deben encargarse de su vigilancia, como ocurre en los casos de adopción en los que participan intermediarios regulados por el Estado.

B. *Criminalización*

Quizás, el efecto más grave que ha tenido la aprobación de la nueva legislación en el estado de Tabasco ha sido fomentar un clima de persecución a las mujeres que gestan o han gestado para personas extranjeras, personas solteras o parejas del mismo sexo. Así, algunas mujeres gestantes que firmaron contratos legales en el estado, antes de la reforma de 2016, han sido amenazadas por funcionarios públicos y, en ocasiones, enfrentaron acusaciones penales por el delito de tráfico de menores.²⁸

Asociar la gestación subrogada con el tráfico de personas e incluirla dentro del marco legal que sanciona la trata de personas conlleva a criminalizar a los involucrados —padres intencionales, intermediarios, personal de salud que interviene en los procedimientos y mujeres gestantes— que llevan a cabo acuerdos de manera libre y consentida. Además, hacer este vínculo constituye un discurso ambivalente, por un lado, victimizar a las gestantes, negando su agencia para decidir participar en este tipo de acuerdos y, al mismo tiempo, señalar y sancionarlas argumentando que su fin último es obtener una ganancia económica para gestar un embarazo y posteriormente entregar a un niño o niña a los padres de intención.²⁹

GIRE reconoce que, en la mayoría de los casos, los contratos de gestación subrogada se firman en contextos de desigualdad económica y social entre las partes, lo cual puede afectar su capacidad para decidir participar en ellos. Pero es por eso, precisamente, que la regulación cobra relevancia. La prohibición de la gestación subrogada no es sólo una medida comúnmente basada en estereotipos de género y prejuicios acerca de la maternidad, la gestación y la capacidad de las mujeres para tomar decisiones, sino que resulta ser una medida inadecuada para proteger a las partes de los abusos más comunes. Prohibir la práctica no la hará desaparecer. En cam-

²⁸ GIRE, *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, 2017, disponible en <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.

²⁹ Olavarría, María Eugenia, *La gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Gedisa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2018, p. 283.

bio, fomentaría que se produzca en la clandestinidad, donde el Estado no puede ofrecer protecciones a las partes, vigilar las condiciones de los contratos ni asegurar que la actuación de clínicas y agencias sea acorde a la ley y a los derechos humanos.

En términos generales, la experiencia internacional muestra que prohibir la gestación subrogada, lejos de proteger a las mujeres, favorece su persecución, además de contribuir a vulnerar aún más los derechos de las niñas y niños que nacen a partir de estos acuerdos y promover la aparición de nuevos patrones de abuso. El caso de Camboya es un ejemplo claro de esto: tras las restricciones impuestas en India, Tailandia y Nepal para el acceso a extranjeros a acuerdos remunerados de este tipo, Camboya se convirtió en un nuevo destino de gestación subrogada internacional. Entonces, el Ministerio de Salud publicó una directriz que establecía la suspensión provisional de la práctica y su equiparación con el tráfico de personas. Dicha directriz, que en teoría buscaba evitar los abusos relacionados con la práctica, y en particular, la protección de las mujeres gestantes, llevó en 2017 al arresto de más de treinta mujeres gestantes que participaban en acuerdos de gestación subrogada, que fueron liberadas en diciembre de 2018 bajo la condición de que aceptaran criar a los niños surgidos de dichos acuerdos como propios.³⁰

C. La situación de niños y niñas

GIRE ha documentado las dificultades de padres o madres intencionales para obtener un pasaporte para sus hijos nacidos a partir de un acuerdo de gestación subrogada. La Secretaría de Relaciones Exteriores, órgano federal encargado de emitir dicho documento que permite la salida del país, en ocasiones ha obstaculizado el acceso a pasaportes, en casos de parejas de hombres, al considerar sospechoso que en las actas de nacimiento no aparezca una mujer (madre), y argumentan que su intención es proteger a los niños de delitos tales como la trata.

Entre los casos documentados y litigados por GIRE, el patrón más recurrente es la negación de actas de nacimiento por parte de la Oficina del Registro Civil de Tabasco, requisito indispensable para solicitar un pasaporte, probar la filiación y acceder a servicios tan básicos como la atención en salud. El caso de Michael, cuyo hijo fue retenido en un albergue del Sistema

³⁰ Lynam, Eleanor, “Cambodia releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en https://www.bionews.org.uk/page_140307.

Nacional para el Desarrollo Integral de la Familia por más de un mes, es ilustrativo de este patrón:

MICHAEL Y VALERIA:³¹ RETENCIÓN ILEGAL DE UN MENOR Y CRIMINALIZACIÓN DE UNA MUJER GESTANTE

Michael es un hombre con nacionalidad griega y estadounidense que vino a México para suscribir un acuerdo de gestación subrogada con Valeria, una mujer gestante de Tabasco. El 21 de diciembre de 2016 nació su hijo, quien tuvo que permanecer en el área de cuidados neonatales para observación ya que tuvo dificultades respiratorias al nacer. Al día siguiente, una persona que se identificó como funcionaria del DIF de Tabasco apareció en el hospital y se llevó al bebé sin dar ninguna explicación. Durante los días posteriores, tanto Michael como Valeria solicitaron sin éxito información sobre su paradero; acudieron al Hospital del Niño y a la Fiscalía del estado de Tabasco. Valeria entregó una solicitud por escrito, pidiendo que se le permitiera el acceso al albergue o centro de atención y cuidado donde se encontraba el niño, a fin de proporcionarle los cuidados necesarios por ser un recién nacido.

Al acudir a la Procuraduría Estatal de Protección de la Familia y de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes a preguntar sobre el paradero del bebé, la Procuradora la acusó de manera directa, diciendo: “conmigo no tienes que mentir, yo sé que ustedes están vendiendo niños”. El 30 de enero siguiente, GIRE presentó una demanda de amparo por desaparición del menor. Como resultado de ésta, Valeria se enteró de que existía una carpeta de investigación penal en su contra y, con el acompañamiento de GIRE, presentó un amparo para conocer si existía también una orden de aprehensión.

El 31 de enero, Michael pudo recoger a su hijo en el albergue del DIF de Villahermosa, Tabasco, más de un mes después de que se lo arrebataran. En febrero de 2016, obtuvo un acta de nacimiento y, tras realizar los trámites correspondientes para la obtención de un pasaporte, Michael y su hijo salieron del país. Valeria, por su parte, no sólo no ha recibido los pagos prometidos por parte de la agencia establecidos en el contrato, sino que continúa con una investigación penal en su contra por el delito de tráfico de menores. GIRE la acompaña jurídicamente para que esta investigación se cierre.

D. *Disposiciones ambiguas*

Otra cuestión preocupante de la reforma en Tabasco es que, a pesar de que contempla varias razones de nulidad de los contratos de gestación

³¹ El nombre ha sido cambiado por respeto a su privacidad.

subrogada,³² no establece con claridad qué implica esto en los casos en los que una mujer ya se encuentra cursando un embarazo o, incluso, cuando se descubren causas de nulidad tras el nacimiento de un menor producto de este contrato. Por ejemplo, si posterior al nacimiento se descubre que la mujer gestante había participado en más de dos ocasiones en la práctica o que la madre contratante rebasa el límite de edad —situaciones que implican nulidad de acuerdo con la legislación—, ¿qué consecuencias habría?, ¿una sanción a las partes?, ¿afectaría las condiciones de filiación del niño o niña? La falta de especificación sobre lo que implica la nulidad en estos casos es una omisión grave que puede afectar de manera particular a las mujeres gestantes, y a las niñas y niños que nazcan de estos acuerdos, dejándolos en un estado de inseguridad jurídica alarmante.

E. Aspectos positivos de la reforma

El Código Civil establece la obligación de los padres contratantes de hacerse cargo de los gastos médicos derivados del embarazo, parto y puerperio, así como contratar un seguro de gastos médicos mayores para la mujer gestante.³³ Esto, sin duda, es un elemento positivo que puede contribuir a proteger la vida y la salud de las mujeres gestantes, quienes, en la mayoría de los casos enfrentan servicios médicos deficientes, violencia obstétrica y violaciones a su derecho a la vida privada. Sin embargo, permitir el pago exclusivamente de gastos médicos limita la posibilidad de exigir otro tipo de gastos relacionados, como transporte, vestido y alimentación.

Además, el pago de una compensación económica es una realidad que debe reconocerse en la legislación, no sólo por reconocimiento a la voluntad de las partes y la autonomía reproductiva de las mujeres, sino atendiendo a que, de otra manera, los acuerdos probablemente se llevarían a cabo en la clandestinidad, dejando a las mujeres en una situación de vulnerabilidad mayor que la que viven en la actualidad. Al establecer prohibiciones a la gestación subrogada onerosa, las gestantes potenciales quedan desprotegidas bajo la simulación de un acuerdo altruista, que abre la posibilidad a situaciones de explotación aún más graves.

Otro aspecto positivo de la reforma fue establecer la responsabilidad, tanto de la Oficina del Registro Civil como de la Secretaría de Salud del estado de Tabasco, de registrar los acuerdos y los nacimientos por gestación

³² Artículo 380 bis 4. Nulidad de contrato de gestación, Código Civil de Tabasco.

³³ Artículo 380 bis 7 del Código Civil de Tabasco.

subrogada en el estado. En consecuencia, podría esperarse que, a partir de la reforma en 2016, se generen cifras públicas oficiales que den cuenta de la magnitud del fenómeno de la gestación subrogada en el estado de Tabasco.

Sin embargo, en el contexto de la nueva regulación, GIRE realizó solicitudes de acceso a la información tanto a la Oficina del Registro Civil como a la Secretaría de Salud del estado. Al respecto, la primera autoridad respondió que, de enero de 2016 a diciembre de 2018, cuenta con 19 avisos notariales sobre la celebración de un contrato de gestación subrogada en el estado.³⁴ Por su parte, la Secretaría de Salud local informó que, en el mismo periodo de tiempo, se registraron 30 informes notariales;³⁵ sin embargo, ninguna de las autoridades registra información sobre nacionalidad, edad y estado civil de las partes que intervienen en los contratos.

Por último, la legislación actual contempla que, una vez acordado entre las partes y certificado por un notario público, un juez debe vigilar y aprobar el contenido del contrato. Las cláusulas previstas en los contratos de gestación subrogada son uno de los elementos más importantes para definir las condiciones en las que se llevará a cabo la práctica y asegurar un consentimiento verdaderamente informado de las partes.

De acuerdo con testimonios recabados por GIRE, algunas mujeres que firmaron acuerdos, con anterioridad a la reforma, revelan que, en la práctica, el derecho a la información no se respeta ni se garantiza. En caso de que se realice un contrato, la explicación de éste suele realizarla el mismo personal jurídico de la agencia o de la clínica, que actúa también como asesor legal de los padres intencionales.³⁶ Esto representa un conflicto de interés importante. Además, la mayoría de las mujeres gestantes no recibe una copia de su contrato, no lo conoce, ni tuvo forma de participar en definir los términos del mismo.

Algunos contratos, desde el inicio, establecen cláusulas que desconocen la capacidad de las mujeres gestantes de tomar decisiones íntimas sobre su cuerpo. Por ejemplo, estableciendo que no puedan interrumpir su embarazo, incluso cuando su vida corra peligro. Estas cláusulas son violatorias del derecho de las mujeres a decidir sobre su propio cuerpo, protegido por el artículo 4o. constitucional y los tratados internacionales de los que México es parte.

³⁴ Sistema infomex, folio 00320719.

³⁵ Sistema infomex, folio 00319419.

³⁶ Véase Fulda, Isabel y Tamés, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en Davies, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and The Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017, pp. 262-275.

En ese sentido, la participación de la autoridad judicial podría contribuir a establecer un filtro adicional que vigile tanto la legalidad como el consentimiento de las partes. GIRE solicitó al Poder Judicial del estado de Tabasco las versiones públicas y número de contratos de gestación subrogada registrados en el estado. En respuesta, la autoridad informó que se han radicado, de enero de 2016 a abril de 2018, trece expedientes relativos a juicios no contenciosos de ratificación de contrato de maternidad gestacional sustituta.³⁷ Por su parte, el Tribunal Superior de Justicia del estado de Tabasco negó el acceso a la versión pública de estos expedientes al considerarlos información confidencial.³⁸

V. CRITERIOS DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN EN PROCEDIMIENTOS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

El 15 de febrero de 2016 la, entonces, procuradora general de la República presentó una acción de inconstitucionalidad en contra de la reforma al Código Civil de Tabasco, por considerar que algunos elementos de la misma van en contra del interés de las partes.³⁹ Dicha acción de inconstitucionalidad, a la fecha, se encuentra pendiente de resolver. La respuesta que emita la SCJN, en este caso, puede resultar determinante para establecer criterios que permitan guiar el actuar del Estado con respecto a la práctica de la gestación subrogada en México.

Aunque la SCJN sólo se ha pronunciado de manera directa en una ocasión con respecto al tema de la gestación subrogada, sí ha desarrollado diferentes criterios relacionados con la determinación de filiación que pueden tener un efecto importante tanto en términos de reproducción asistida en general, como de gestación subrogada en particular.

La SCJN ha manifestado que el derecho a la identidad no sólo consiste en la posibilidad de que el niño o niña tenga información sobre su origen genético y la identidad de sus padres, sino que de él pueden derivar el derecho a tener una nacionalidad y a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Por un lado, se asume que lo ideal es que quienes cumplan con estas obligaciones prestacionales sean los padres biológicos, pero insistir

³⁷ Sistema infomex, folio 00432818.

³⁸ Sistema infomex, folio 00433018.

³⁹ Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, GIRE, 2017, p. 26.

en que esto sea así en todos los casos puede poner en peligro el desarrollo adecuado del niño o niña que requiere del cumplimiento inmediato y constante de dichas necesidades desde su nacimiento. Es por esto, entre otras razones, que el interés superior del menor,⁴⁰ y las propias normas extrajudiciales de establecimiento de paternidad y maternidad permiten en ciertos supuestos que personas distintas a los padres biológicos o genéticos asuman la paternidad de niños y niñas y, con esto, todas las obligaciones derivadas de la paternidad sin que exista tal vínculo.⁴¹

Asimismo, la Suprema Corte mexicana, a través de una ponderación de derechos y de la tutela del interés superior de la niñez, ha resuelto conflictos surgidos en casos concretos relacionados con TRHA o gestación subrogada.

En un caso resuelto en 2015, la Corte determinó que, cuando se han empleado TRHA con gametos donados,⁴² lo primero que habrá que verificar es si el tratamiento se realizó en lo individual o en pareja y, después, si existió consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues esto constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido en esta circunstancia. Lo anterior brinda a la autoridad los elementos para fijar las consecuencias jurídicas, tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor, como su derecho a la identidad.

En otro caso, la Corte estableció que la filiación constituye un derecho del hijo y que debe reconocerse el derecho de la persona a lograr el estado

⁴⁰ En 2011, México incorporó el principio de interés superior de la niñez en el artículo 4o. constitucional; por su parte, la Ley General de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes dispone en el artículo 2o., párrafo segundo, que el interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones que los involucre. Al respecto, la SCJN ha establecido que la expresión interés superior del niño implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida de los niños. Tesis 1a. CXLI/20017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 265, disponible en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/172/172003.pdf>.

⁴¹ Amparo directo en revisión 908/2006, resuelto por la Primera Sala en sesión de dieciocho de abril de dos mil siete, por unanimidad de votos de los ministros Sergio A. Valls Hernández, Juan N. Silva Meza, Olga María Sánchez Cordero de García Villegas (Ponente) y José Ramón Cossío Díaz.

⁴² Amparo directo en revisión 2766/2015, 12 de julio de 2017. Unanimidad de cuatro votos de los ministros: Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, José Ramón Cossío Díaz, quien reservó su derecho a formular voto concurrente, Jorge Mario Pardo Rebollo y Norma Lucía Piña Hernández. Ausente: Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena. Ponente: Norma Lucía Piña Hernández. Secretario: Daniel Álvarez Toledo.

de familia que corresponde con su relación de sangre; sin embargo, reconoce que esta coincidencia no siempre es posible, bien por la propia realidad del supuesto de hecho o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros intereses que considera jurídicamente más relevantes, como en el caso de la procreación asistida con donación de gametos.⁴³

En noviembre de 2018, la SCJN resolvió el primer asunto directamente relacionado con un acuerdo de gestación subrogada,⁴⁴ debido a la negativa de la autoridad local a reconocer la relación filial entre una pareja del mismo sexo y un niño nacido a través de este acuerdo en el estado de Yucatán, en donde la práctica de la gestación subrogada permanece sin regulación, no se tienen reglas expresas sobre la atribución de filiación en esos casos, ni sobre los requisitos y la actuación del Registro Civil en cuanto al nacimiento y presentación de un menor de edad nacido a través de estos acuerdos. En este caso, la Corte resolvió que para el reconocimiento de la relación filial es necesario evaluar la voluntad procreacional⁴⁵ —definida como el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea— y, con esto, todas las responsabilidades derivadas de la filiación, por parte de los padres intencionales.⁴⁶ Así, la Corte concedió el amparo para que el niño fuera registrado como hijo de los padres intencionales, al considerar que de este modo se garantiza la vigencia del derecho del niño a tener una identidad y ser inscrito en el Registro Civil; el derecho de los padres intencionales a su vida privada y a procrear mediante TRHA, y el derecho de la mujer gestante a su vida privada y libre desarrollo de la personalidad.⁴⁷

Es de relevancia que la SCJN haya resaltado que el elemento determinante para reconocer la relación filial es la voluntad procreacional de

⁴³ Tesis aislada 1a. CCCXXI/2014(10a.), FILIACIÓN. ALCANCES Y LÍMITES DEL PRINCIPIO DE VERDAD BIOLÓGICA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, septiembre de 2014, p. 577.

⁴⁴ Amparo en Revisión 553/2018, 21 de noviembre de 2018. Unanimidad de cinco votos. Ministro Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Mónica Cacho Maldonado.

⁴⁵ Iturburu, Mariana *et al.*, “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, *IUS*, México, vol. 1, núm. 39, enero-junio de 2017, pp. 86-108.

⁴⁶ Tesis 1a. LXXVIII/2018(10a.), VOLUNTAD PROCREACIONAL. CONSTITUYE UN FACTOR DETERMINANTE EN LA FILIACIÓN DE UN NIÑO O UNA NIÑA QUE NACIÓ BAJO UN PROCEDIMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2018.

⁴⁷ Comunicado de Prensa núm. 150/2018, PRIMERA SALA RECONOCE EL DERECHO DE UNA PAREJA HOMOSEXUAL A CONVERTIRSE EN PADRES POR TÉCNICA DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA, disponible en <http://www.internet2.scjn.gob.mx/red2/comunicados/comunicado.asp?id=5795>.

los padres intencionales, así como el interés superior del menor, y no así el vínculo genético o biológico. Al resolver un caso de gestación subrogada en una entidad federativa en donde la práctica permanece desregulada, la SCJN subsanó, en cierta medida, el impacto que el vacío legal produce en el ejercicio de los derechos humanos.

VI. CONCLUSIONES

Sin lugar a dudas, la gestación subrogada es un tema complejo y su importancia en las discusiones nacionales e internacionales sobre derechos reproductivos continuará. En México, la ausencia de regulación a nivel federal sobre el acceso y práctica de TRHA genera incertidumbre jurídica para las partes involucradas y abre la puerta a actos arbitrarios y discriminatorios contra quienes buscan servicios de reproducción asistida.

La discusión en torno a las cuestiones controvertidas de la gestación subrogada debe considerar la posibilidad de abusos ante contextos de desigualdad importante, documentados ampliamente tanto en México como en otras regiones del mundo. Sin embargo, el establecimiento de prohibiciones legales, ya sean de carácter civil o penal, lejos de eliminar la práctica y sus consecuencias, contribuye a situar a las partes en un estado de mayor vulnerabilidad. Ante el panorama existente, se requiere una regulación clara en la materia, que evite discriminar y vulnerar a las partes bajo el argumento de protegerlas, y que reconozca las diversas complejidades de la práctica.

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

VII. BIBLIOGRAFÍA

FULDA, Isabel, “Gestación subrogada: no abolir el debate”, *Letras Libres*, abril de 2019.

- FULDA, Isabel y TAMÉS, Regina, “Surrogacy in Mexico”, en DAVIES, Miranda, *Babies for Sale? Transnational Surrogacy, Human Rights and The Politics of Reproduction*, Londres, Zed Books, 2017.
- GONZÁLEZ SANTOS, Sandra Patricia, “From Esteriology to Reproductive Biology: The Story of the Mexican Assisted Reproduction Business”, *Reproductive, Biomedicine and Society*, vol. 2, 2016.
- HOVAV, April, “Producing Moral Palatability in the Mexican Surrogacy Market”, *Gender & Society*, vol. 33, núm. 2, abril de 2019.
- ITUBURU, Mariana *et al.*, “La regulación de la filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en la Argentina: voluntad procreacional y consentimiento informado”, *IUS*, México, vol. 1, núm. 39, enero-junio de 2017.
- LYAM, Eleanor, “Cambodia releases Detained Surrogates”, *BioNews*, núm. 979, 10 de diciembre de 2018, disponible en https://www.bionews.org.uk/page_140307.
- MACKLIN, Ruth, *Surrogates and Other Mothers: the Debates over Assisted Reproduction*, Philadelphia, Temple University Press, 1994.
- OLAVARRÍA, María Eugenia, *La gestación para otros en México. Parentesco, tecnología y poder*, México, Gedisa-Universidad Autónoma Metropolitana, 2018.

Informes

- Comisión Nacional del Bioética, Informe de Actividades de la Comisión Nacional de Bioética, en Torno al Marco Regulatorio de la Reproducción Humana Asistida, 2013, disponible en <http://www.conbioetica-mexico.salud.gob.mx/descargas/pdf/Informe.pdf>.
- GIRE, Omisión e Indiferencia. Derechos Reproductivos en México, 2013, disponible en <http://informe.gire.org.mx/caps/cap6.pdf>.
- GIRE, Niñas y Mujeres sin Justicia. Derechos Reproductivos en México, 2015, disponible en <https://gire.org.mx/wp-content/uploads/2016/07/INFORME-GIRE-2015.pdf>.
- GIRE, Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación, 2017, disponible en <http://gestacion-subrogada.gire.org.mx/#/>.
- Red Latinoamericana de Reproducción Asistida, Estado Actual de la Reproducción Asistida en América Latina y el Mundo, disponible en http://redlara.com/PDF_RED/Situacao_atual_REDLARA_no_mundo.pdf.

CAPÍTULO QUINTO

GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN EL CONTEXTO MEXICANO: ¿CAMINOS DE ENCUENTRO O DIVERGENTES?

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Planteamiento inicial*. III. *Adopción internacional y gestación por sustitución: ¿vinculadas?* IV. *Contexto mexicano*. V. *Interés superior del menor*. VI. *Aplicación del interés superior del menor con respecto a la gestación por sustitución transfronteriza y la adopción internacional*. VII. *Conclusiones*. VIII. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Ya entrados en la segunda década del siglo XXI, podemos extraer una serie de consideraciones con relación al desarrollo del derecho de familia. En específico, resulta acertado considerar una clara evolución en el concepto de familia y en la forma tradicional de concebirla.¹

Es un hecho que las familias hoy en día no tienen la misma estructura que tenían hace veinte años, por temporalizar de alguna manera, y por ende es normal que las problemáticas derivadas de las relaciones familiares no sean las mismas de antaño. A todo esto, debemos añadir el impacto de

¹ González Martín, Nuria, “Globalización familiar: nuevas estructuras para su estudio”, en varios autores, *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019, pp. 649 y ss. Aprovechamos la oportunidad para agradecer el apoyo en la búsqueda del material jurisprudencial a la licenciada Victoria Paulina Rodríguez de Anda, becaria Conacyt.

las nuevas tecnologías en todas las esferas de la persona, afectando directamente los temas de salud reproductiva y métodos reproductivos.²

En este capítulo, se expone algunas particularidades que presenta el derecho de familia y el creciente desarrollo de figuras como la gestación por sustitución (GS)³ y la adopción internacional (AI),⁴ poniéndolo en conexión con el interés superior del menor en el contexto mexicano. No obstante, hacemos la observación que, dado que un número importante de los capítulos incluidos en esta obra se refieren exclusivamente —y de manera muy completa— a la GS, decidimos abocarnos más en la cuestión que de alguna manera va correlativa con la AI y el interés superior de la minoridad, aterrizada en la forma en la cual la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en México se ha pronunciado a favor del menor, y de qué manera se ha implementado en las leyes mexicanas, para concluir, como era de esperarse, que no hay —ni debe haber— un concepto unívoco de lo que es el interés superior del menor, y en donde en materia internacional se nota un progreso continuo en la mejora de los procedimientos jurídicos, con la finalidad de que prevalezca este interés.

II. PLANTEAMIENTO INICIAL

Cuando una pareja decide ampliar la familia y hay un impedimento natural o médico para procrear o gestar, las únicas dos vías por las que pueden optar es la GS y la adopción. Cuando esa pareja visualiza o enfrenta otro impedimento, en esta ocasión administrativo, traducido por ejemplo en ineficiencia o anomia, y buscan a los hijos fuera de sus fronteras nacionales, la figura jurídica se transforma en una gestación por sustitución transfronteriza (GST) o una AI.

Desde el derecho internacional privado y desde la protección internacional debida a los menores que se encuentran inmersos en estas prácticas

² Dreyzin de Klor, Adriana, *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales*, San José, Costa Rica, Jurídica Continental, 2012, pp. 41 y ss.

³ La asunción de una cierta terminología tiene siempre su fundamento. Algo al respecto hemos escrito, desde el derecho internacional privado, en torno a la preferencia del concepto de menores en lugar de niñas, niños y adolescentes; pues bien, de nuevo aparecen aspectos de idoneidad con respecto a la GS, para esto, véase Lamm, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013, pp. 24 y ss.

⁴ González Martín, Nuria, *Adopción internacional en México: luces y sombras*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 296.

o supuestos, hay un mandato indubitado e imperioso, el cual se traduce en la búsqueda primigenia de su interés superior⁵ como parte más vulnerable del grupo familiar.

Sin lugar a dudas, ambas figuras, la GST y la AI, transitan por rutas diferentes pero al mismo tiempo conectados ante soluciones de mucha actualidad, en donde ante la desprotección del hijo/a concebido/a a través de un acuerdo de GS o subrogada, se opta por la inscripción del mismo como adopción. Veamos el ejemplo español, en donde la GS está prohibida, y en donde el Tribunal Supremo apuntó que existen diversas posibilidades en el ordenamiento jurídico español para formalizar jurídicamente la relación entre los comitentes y el niño, los cuales formaban una unidad familiar de hecho que convivía en España, citándose expresamente la adopción y el acogimiento familiar.⁶

En el mismo contexto español, según datos proporcionados por el Ministerio de Asuntos Exteriores del Gobierno de España, entre 2010 y 2016 se habrían registrado, al menos, novecientos setenta y nueve nacimientos por gestación subrogada en oficinas consulares y misiones diplomáticas de doce países distintos, donde esta práctica está legalizada y a los que acuden las parejas españolas. Y así se reafirma que “esta cifra no contempla, sin embargo, aquellos casos cuyos trámites se hayan iniciado en los países de origen, pero cuyas inscripciones se hayan practicado posteriormente en España y no en las embajadas. La cifra también es incompleta porque hay algunos casos que llegan al Registro Civil por vía de adopción internacional, pero en realidad encubren casos de gestación subrogada”.⁷

⁵ González Martín, Nuria y Albornoz, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016, pp. 159-187; Sales Pallarés, Lorena, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 2, 2019, pp. 326-347, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4961/3440>.

⁶ TS, Sala Primera de lo Civil, Recurso 245/2012, Resolución 835/2013, 6 de febrero de 2014, FJ 5o., apartado 11o., disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>. González Martín, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución” en Albornoz, María Mercedes (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020, p. 269; Quicios Molina, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019, pp. 3-41; Salazar Benítez, Octavio, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica. Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto de 2017, pp. 79-120.

⁷ Emakunde, ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final, Galicia, abril de 2018, disponible en emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/INFORME-COMPLETO21042018.pdf, p. 6. Véase González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adop-

En Francia, por su parte, el Tribunal de Apelación de París confirmó la decisión del *Tribunal de Grande Instance* de 2016, reconociendo la adopción plena por parte de un hombre de los gemelos genéticamente relacionados de su marido, nacido a través de la gestación subrogada en Canadá. Esta es la primera vez que un Tribunal de Apelación ha emitido una decisión sobre la adopción plena, la única reconocida para una AI, de niños nacidos por subrogación por parte del padre intencional no relacionado genéticamente.⁸

Por otro lado, en un caso resuelto por el Tribunal Supremo de Alemania, mediante sentencia del 20 de marzo de 2019,⁹ se negó reconocimiento a la maternidad de la madre intencional alemana, residente en Alemania, con respecto a un niño nacido en Ucrania en el contexto de un acuerdo de GST celebrado por la mujer alemana y su esposo —padres de intención— con una mujer gestante ucraniana, residente en Ucrania.¹⁰ Ambos padres intencionales tenían vínculo genético con el niño. En el acta de nacimiento expedida en Ucrania, quienes figuraban como progenitores eran los cónyuges alemanes, residentes en Alemania. El tribunal entendió que la residencia habitual del niño estaba en Alemania y que, en virtud del artículo 19.1 del Código Civil alemán, correspondía aplicar la ley alemana. En consecuencia, la madre es, según el máximo tribunal alemán, la mujer ucraniana, y la maternidad de la alemana sólo puede lograrse recurriendo a un procedimiento de adopción. Esta solución llama la atención, dado que sugiere la adopción del niño por parte de la mujer cuyo óvulo fue fertilizado para que ese niño pudiera existir. Asimismo, es preciso tener presente que, en este caso, la filiación establecida en el extranjero sólo constaba en un certificado

ción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 163-194, y González Martín, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 203.

⁸ Libération, “GPA à l'étranger : la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, 19 de septiembre de 2018, disponible en www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnait-pour-la-premiere-fois-un-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812. González Martín, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación...”, *op. cit.*, p. 209.

⁹ Tribunal Supremo de Alemania (*Bundesgerichtshof*), XII ZB 530/17, disponible en <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=f4027fae57536f17d8f735bad9823b50&nr=94770&pos=0&anz=4>.

¹⁰ Para el caso *Ucrania-España*, véase asimismo Jiménez Blanco, Pilar, “La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las instrucciones de la DRRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019.

de nacimiento y no en una sentencia —lo que sí sucedía en un caso resuelto en 2014, donde había una sentencia californiana acerca de la filiación—. ¹¹

La ley alemana no sólo prohíbe, sino que también sanciona ¹² la utilización abusiva de las técnicas de reproducción humana asistida y establece pena de privación de libertad de hasta tres años; igualmente, prevé sanciones para el personal médico que las realice. En el caso alemán, el artículo 1o. de la Ley sobre Protección del Embrión de 1990 determina que el convenio de GS es contrario a las buenas costumbres y nulo por violar el orden público. También la regulación del fenómeno de la adopción incluye entre sus disposiciones la prohibición de la GS; en ese sentido, la legislación alemana contempla la pena de prisión y multa para todas aquellas personas que incumplan sus disposiciones. Sin embargo, únicamente se sanciona penalmente a aquellas personas que intervengan en cualquiera de las operaciones necesarias para llevar a cabo la gestación, como puede ser la fecundación y extracción de óvulos; no se sanciona ni a los comitentes ni a la mujer subrogada. ¹³

El tema está a disposición y, como vemos, no está falto de incógnitas e incertidumbres, y así en los supuestos internacionales de GS, tal y como expresa literalmente Albornoz, ¹⁴ “la cuestión más delicada es la de la continuidad transfronteriza del estado de hijo: ¿será posible que la relación filial establecida en un Estado produzca efectos en otro? Se trata de determinar si es factible que la filiación establecida en el extranjero entre el niño y los padres intencionales sea reconocida en el Estado de destino donde reside o residirá la familia. En la reciente opinión consultiva, a propósito del *caso*

¹¹ Álvarez Rodríguez, Aurelia y Carrizo Aguado, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, Cataluña, vol. 2014, núm. 2, 2014, pp. 59-75: cit. por González Martín, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución”, *op. cit.*, p. 213.

¹² El artículo 1o. de la Ley de Protección del Embrión, núm. 745/90 del 13 de diciembre de 1990, establece que “1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo [...] 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento”.

¹³ González Martín, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución”, *op. cit.*, pp. 211 y 212.

¹⁴ Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella”, en *id.* (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020, p. 136.

Mennesson,¹⁵ el pleno del Tribunal Europeo de Derechos Humanos entendió que, en casos de GST, en los cuales el padre intencional está genéticamente vinculado con el niño nacido en el extranjero y la madre intencional no, el derecho al respeto de la vida privada del niño y la consideración de su interés superior requieren que el derecho del Estado de recibimiento ofrezca la posibilidad de reconocer la relación de filiación entre el niño y la madre intencional designada en el acta de nacimiento extranjera como madre legal.¹⁶ Pero en cuanto a la manera de llevar a cabo dicho reconocimiento, indicó que aquel Estado no está obligado a transcribir el acta de nacimiento extranjera en su registro civil, sino que también puede emplear otros procedimientos, incluyendo la adopción, asegurando que su implementación sea pronta y efectiva”.¹⁷

En definitiva, tanto a través de GST o de la AI, se llega al mismo fin; es decir, se integra o incorpora un menor o menores a la familia con carácter de hijo de los padres —padres intencionales o padres adoptivos—,¹⁸ en donde la ficción de la figura adoptiva se puede dar para proteger al menor que quedó en el limbo jurídico ante la falta de regulación adecuada; pero en donde también se puede dar, y de hecho sí sucede, que ambas figuras pueden quedar ligadas al tráfico internacional de menores,¹⁹ un tema delicado y que prolifera ante la posibilidad de un lucro importante ante una transacción de un acuerdo de GST o una AI.

¹⁵ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, Gran Sala, Advisory Opinion concerning the Recognition in Domestic Law of a Legal Parent-Child relationship between a Child Born Through a Gestational Surrogacy arrangement Abroad and the Intended Mother, Requested by the French Court of Cassation (Request no. P16-2018-001), <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380464-8364383>.

¹⁶ *Idem*.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella”, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

¹⁹ González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en Brena Sesma, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 178, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3155/11.pdf>. En la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores (México, 18 de marzo de 1994, disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-57_Convencion_Interamericana_sobre_Trafico_Internacional_de_Menores.htm), el 2o. párrafo del artículo 2 define el tráfico internacional de menores como “la sustracción, el traslado o la retención, o la tentativa de sustracción, traslado o retención, de un menor[,] con propósitos o medios ilícitos”, y entre los medios ilícitos incluye “consentimiento fraudulento o forzado, la entrega o recepción de pagos o beneficios ilícitos con el fin de lograr el consentimiento de los padres, las personas o la institución a cuyo cargo se halla el menor”.

III. ADOPCIÓN INTERNACIONAL Y GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ¿VINCULADAS?

La AI tiene como fin encontrar una familia a un menor que carece de ella, y que en su interés superior, a través del principio de subsidiariedad,²⁰ en defecto de su familia biológica o una familia adoptiva nacional, se perfila en última instancia la adopción en el contexto transfronterizo. El crecimiento en un seno familiar es el mejor escenario para el desarrollo de las niñas, niños y adolescentes, en un ambiente sano y protector.

Si bien es cierto todo lo anterior, no hay que dejar de señalar que la consecución de este fin no es algo que resulte sencillo; así, por un lado, y siguiendo de nuevo a Albornoz, “los procesos de adopción internacional suelen dilatarse en el tiempo, lo que, sumado al mencionado principio de subsidiariedad, contribuye a que el número de niños internacionalmente adoptables no sea elevado. A esto puede sumarse otro factor que aún persiste en algunos países, aunque en general va en retroceso: la prohibición de que parejas de personas de un mismo sexo adopten en conjunto a un niño. Todos estos elementos pueden incidir para que las familias que buscan ampliarse se inclinen por la opción de la gestación por sustitución”.²¹

Definitivamente, estamos ante dos figuras jurídicas con intenciones diferentes, en donde la convergencia pareciera ser un tanto “*imposta* o *impuesta*” para resolver ciertas situaciones que ciertas prácticas necesitan, cuando lo deseable sería que cada una siguiera un proceso, con un marco jurídico internacional, y de ahí sus efectos independientes siempre en el interés superior de la minoridad. La realidad es que son numerosos los casos en los que se hace uso y abuso del Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 sobre Protección de Menores y Cooperación en Materia de Adopción Internacional (Convenio de La Haya de 1993),²² emitiendo sentencias de AI cuando

²⁰ González Martín, Nuria “Adopción internacional en México: luces y sombras”, en García Flores, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 320, disponible en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3540/17.pdf>.

²¹ Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella”, *op. cit.*, pp. 136 y ss. En torno al tema de las dificultades por las que transitan el colectivo LGTBI, recomendamos: varios autores, “El laberinto de las adopciones de solicitantes LGTBI”, *Adoptantis. El Periódico de la Adopción*, año XV, núm. 196, diciembre de 2019, pp. 9-10, disponible en www.adoptantis.org.

²² Convenio disponible en <https://www.hcch.net/es/instruments/conventions/full-text/?cid=69>.

se trata, en realidad, de casos de GS.²³ Tenemos, entonces, que la adopción de un menor, fruto de un acuerdo de GST, puede realizarse en el Estado de nacimiento o emisión o en el Estado de recepción, y de ahí la internacionalización de la misma, siempre y cuando adoptante/s y adoptado/s tengan su residencia habitual en países diferentes.

Una vez más el dilema aparece, y aquí invocamos el caso mexicano de Tabasco, y así, cuando la gestante sea “madre subrogada” —entendiendo por tal a aquella que aporta su gameto—, “deberá estarse a lo ordenado para la adopción plena” (artículo 92, Código Civil de Tabasco). El artículo 92 establece una distinción con respecto a la “madre gestante sustituta” —que no aporta el componente genético— indicando que en ese supuesto “se presumirá la maternidad de la madre contratante” —es decir, la madre intencional—. Allí parecería bastar con la suscripción del instrumento jurídico ante notario público y su posterior aprobación en un procedimiento judicial no contencioso (artículo 380 bis 5, 3er. párrafo). No obstante, otros artículos del mismo Código Civil parecerían diluir la distinción introducida en el artículo 92, al disponer que “El asentamiento del recién nacido deberá realizarse mediante la figura de la adopción plena” (artículo 380 bis 6, 2o. párrafo), y que, para que tenga lugar la adopción plena, se requiere “Que el menor a adoptar [...] sea producto de un embarazo logrado como consecuencia del empleo de inseminación artificial o fertilización *in vitro* con la participación de una madre sustituta que haya convenido con los presuntos padres darlo en adopción” (artículo 399, III).²⁴ Tenemos, entonces, siguiendo a Cantoral que el Código Civil de Tabasco prácticamente “equipara [la maternidad subrogada] a la adopción plena”.²⁵

No hay la menor duda de que soluciones como las planteadas ayudan a resolver algunos casos, pero no todos, en donde ante el nacimiento de un hijo, vía contrato de GS, se le concede la filiación a través de la adopción de quien es padre o madre legalmente.

Si bien en materia de AI hemos avanzado y se han obtenido muchos logros, los desafíos persisten; de ahí que para darle actualidad a las convenciones tradicionales, como la referida a la AI, se realicen comisiones especiales

²³ González Martín, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, *op. cit.*, pp. 191 y 192.

²⁴ Albornoz, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella”, *op. cit.*, pp. 136 y ss.

²⁵ Cantoral Domínguez, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, p. 121.

y se formen grupos de expertos que perfilan conclusiones y recomendaciones, así como protocolos, entre otros, que permiten detectar, y por tanto —y lo más deseable—, desactivar ciertas prácticas que detonen, en definitiva, en la protección integral de la minoridad involucrada. Desafíos que trabajan en temas como: 1. La implementación, de hecho y de derecho, del principio de subsidiariedad; 2. Establecimiento de garantías para proteger a los niños de la sustracción, la venta y el tráfico, comenzando por reconocer el problema y así eliminar factores que conducen a un ambiente propicio para dichas prácticas ilícitas o con reglamentos efectivos; 3. Establecimiento de sistemas de cooperación, entre autoridades centrales o autoridades administrativas/judiciales, es decir, sistemas de confianza; 4. Reconocimiento automático de las adopciones internacionales, a través del reconocimiento de las decisiones, entre otros.²⁶

IV. CONTEXTO MEXICANO

Como se desprende de los capítulos que forman parte de esta obra, de las 32 entidades federativas, tan sólo cuatro de ellas se refieren a la maternidad por sustitución; dos de ellas prohibiéndola —Coahuila y Querétaro— y dos de ellas permitiéndola —Tabasco y Sinaloa—. ²⁷ Además, en la Ciudad de Mé-

²⁶ Véase en la página *web* de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (www.hcch.net), a modo de ejemplo, las seis reuniones del grupo de expertos en paternidad/subrogación —la última del 29 de octubre al 1 de noviembre de 2019—, o el grupo de trabajo sobre prevención y tratamiento de prácticas ilícitas en la AI —la última reunión realizada del 21 al 23 de mayo de 2019—, las comisiones especiales que se realizan a los convenios en la materia, así como los instrumentos, muy propios del *Soft Law*, como son las guías de buenas prácticas. En materia de GS, véase en esta obra el primer capítulo referido al contenido pergeñado en las seis reuniones del grupo de expertos en paternidad/subrogación, realizado por María Mercedes Alborno. Todo esto, como sabemos, es una reacción ante la práctica transnacional de estas figuras; de hecho, en la mencionada Conferencia de Derecho Internacional Privado de La Haya, sus trabajos se avocan a perfilar que un convenio multilateral entre Estados cree puentes entre ellos, con el fin de evitar los inconvenientes que la GS genera. Igualmente, el Comité de los Derechos del Niño viene instando a los Estados a definir claramente su postura acerca de esta situación, y a tomar medidas para la protección de los menores nacidos a través de esta práctica, tratando de evitar el tráfico de niños como consecuencia de la misma.

²⁷ Esteinou, Rosario, “Tecnologías de reproducción asistida: su extensión y regulación legal en México”, en *id.* (coord.), *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos*, México, CIESAS, 2012, pp. 162 y ss.; Álvarez Natalia, *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, actualizado el 30 de agosto de 2019, consultado en <https://www.babygest.es/mexico/>.

xico existe actualmente una propuesta de ley centrada en asegurar el derecho de filiación de los padres intencionales, la ya denominada: “ley que no fue”.²⁸

En el Estado de Tabasco, como expresamos en el apartado anterior, esta figura se encuentra regulada en el capítulo VI bis, “De la gestación asistida y subrogada”, en el cual se establece que, “[e]n 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 por la adopción plena”.²⁹ Además, señala que

se entiende por madre gestante sustituta, la mujer que lleva el embarazo a término y proporciona el componente para la gestación, más no el componente genético. Por el contrario, la madre subrogada provee ambos: el material genético y el gestante para la reproducción. Cuando una segunda mujer participa en el proceso reproductivo, la madre contratante se presume como la madre legal, tanto si proporciona el óvulo como si no.³⁰

De la ley, podemos extraer dos puntos fundamentales; en primer lugar, cuando la gestante tenga una vinculación genética con el nacido, entonces será reconocida como madre legal, y en dicho caso, la gestante deberá renunciar a la maternidad en favor de la madre intencional, quien deberá adoptarlo. En segundo lugar, cuando no exista una vinculación genética, la madre intencional será reconocida como madre legal del nacido, sin importar que el óvulo sea de la madre intencional o de una tercera donante.³¹ En el caso de Sinaloa:

[I]a maternidad subrogada se efectúa a través de la práctica médica mediante la cual, una mujer gesta el producto fecundado por un hombre y una mujer, cuando la mujer padece imposibilidad física o contraindicación médica para llevar a cabo la gestación de su útero y es subrogada por una mujer gestante

²⁸ Vargas Baca, Rosa Elvira, “Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano”, en Albornoz, María Mercedes (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020, p. 281.

²⁹ Código Civil de Tabasco, artículo 92.

³⁰ *Idem*.

³¹ Álvarez Natalia, *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, actualizado el 30 de agosto de 2019, consultado en <https://www.babygest.es/mexico/>.

que lleva en su útero el embrión de los padres subrogados, cuya relación concluye con el nacimiento.³²

Por lo que en el caso de Sinaloa, la práctica se encuentra limitada al caso en que la madre no pueda gestar por sí misma, por imposibilidad física o contraindicación médica.

El Código Civil del Distrito Federal establece en su artículo 293:

El parentesco por consanguinidad es el vínculo entre personas que descienden de un tronco común. También se da parentesco por consanguinidad, entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.³³

De la definición anterior podemos destacar que en nuestro derecho mexicano existen dos clasificaciones de parentesco; parentesco por afinidad y parentesco por consanguinidad. Sin bien sabemos que el parentesco por afinidad es aquel que se adquiere por el matrimonio o concubinato entre cónyuges, el parentesco por consanguinidad se crea por medio de un vínculo biológico o jurídico. En el caso de que una pareja se someta a una técnica de reproducción asistida, específicamente a una GS, para los efectos jurídicos en el territorio de la Ciudad de México se creará un parentesco por consanguinidad entre la madre y el padre hacia el hijo, producto de este método de reproducción asistida.

Con todo esto, en el derecho mexicano, a pesar de la falta de regulación en la materia, una reciente jurisprudencia emitida de la SCJN, constituye un parteaguas en la determinación de la filiación en casos de GS, la cual establece:

FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AUN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA.

La ausencia de regulación expresa o específica sobre cómo establecer la filiación de los hijos nacidos mediante el uso de técnicas de reproducción asistida, y particularmente de la llamada maternidad subrogada o útero subrogado, no debe erigirse en impedimento para que el Juez se pronuncie al respecto,

³² Ley sobre Técnicas de Reproducción Asistida del Estado de Sinaloa, artículo 283.

³³ Código Civil para el Distrito Federal, con sus reformas de 2003, disponible en <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2fd95a-8c6ed782165d78dc80b1242d2f.pdf>.

no sólo porque el silencio de la ley no lo autoriza a dejar de resolver alguna controversia, sino porque en términos del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el goce y el ejercicio de los derechos humanos de las personas no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece y asimismo, todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, entre los cuales se encuentra el derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior. En ese sentido, ante la realidad fáctica de un niño o una niña nacido bajo esta técnica, su derecho a la identidad y la protección a su interés superior exigen determinar la filiación que les corresponde, ya que tienen derecho a contar con todos los derechos derivados de la filiación, como los alimentarios y sucesorios, así como a recibir cuidados, educación, afecto y todo lo necesario para su adecuado desarrollo. Al respecto, debe determinarse si entre las reglas aplicables en materia de filiación y registro de nacimiento hay algunas que permitan atribuir la filiación, como lo serían la presunción de paternidad o el reconocimiento de hijos. Asimismo, debe tenerse presente que la demostración de un vínculo biológico no es un requisito indispensable para establecer la filiación sobre un hijo, como sucede en la aplicación de las técnicas de reproducción asistida, en las que opera al respecto la voluntad para concebirlo o voluntad procreacional y en el caso de la maternidad subrogada, es necesaria también la concurrencia de la voluntad libre de vicios de la madre gestante, y sobre la base de que dicha mujer debe ser mayor de edad y con plena capacidad de ejercicio.³⁴

De esta jurisprudencia podemos extraer varias ideas; en primer lugar, tenemos un intento de cubrir el vacío legal propiciado por falta de regulación en la materia, al establecer la obligación de los jueces de determinar la filiación bajo el artículo 1o. de la Constitución mexicana; en segundo lugar, el reconocimiento del derecho a la identidad de los menores de edad y la necesidad de atender a su interés superior;³⁵ en tercer lugar, la Suprema Corte hace mención expresa a la posibilidad de determinar la filiación más allá del vínculo biológico, reconociendo que no es un requisito indispensa-

³⁴ FILIACIÓN DE UN MENOR DE EDAD NACIDO BAJO LA TÉCNICA DE MATERNIDAD SUBROGADA. ES DEBER DEL JUEZ ESTABLECERLA, AÚN ANTE LA AUSENCIA DE REGULACIÓN ESPECÍFICA. *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, octubre de 2019, registro 2020789.

³⁵ Gómez Bengochea, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*, México, Dykinson, 20017, pp. 181 y ss. Con un tema más general, pero sin lugar a dudas de interés para el lector interesado en el derecho a la identidad, véase Rubio Chávez, Benjamín, *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2019.

ble para establecer la filiación sobre un hijo, y abriendo paso a la aplicación de técnicas de reproducción asistida y a la GS.³⁶

Asimismo, podemos observar cómo en el derecho mexicano la necesidad de reconocer la filiación, aún en casos de reproducción asistida, encuentra su base en el derecho a la identidad del menor. Y así se expresa, a través de la jurisprudencia:

DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA CUANDO EL NIÑO O LA NIÑA NACIÓ POR CONSECUENCIA DE UN TRATAMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA.

El derecho a la identidad de un menor, contemplado en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se empleó un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, se dota de contenido bajo una doble connotación: en primer lugar, respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos; y en segundo lugar, en relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. Así, al estar en presencia de un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas tanto en lo individual como en pareja pueden ejercer su derecho a formar una familia, lo primero que habrá que verificar es en cuál de esas dimensiones (la individual o en pareja) se realizó el tratamiento; después de ello, resultará necesario determinar si existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético, pues ello constituirá uno de los elementos para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida. Hecho lo anterior, el operador jurídico tendrá elementos para fijar las consecuencias jurídicas del acto, las cuales deberán ser asumidas, precisamente, bajo la doble connotación mencionada y tomando en cuenta que la mejor decisión será aquella que atienda al interés superior del menor.³⁷

Sin lugar a dudas, es importante considerar que las dos jurisprudencias mencionadas en líneas anteriores encuentran su aplicación en directa relación con el interés superior del menor, el cual debe ser considerado de manera prioritaria al momento de determinación de la relación paterno-filial en nacimientos derivados a GS.

³⁶ Véase GIRE, *Gestación Subrogada en México: Resultados de una Mala Regulación*, México, 2017, disponible en gestacion-subrogada.gire.org.mx. Tamés, Regina, “La reproducción asistida está en el limbo”, *El Mundo del Abogado*, núm. 212, diciembre de 2106, disponible en <http://vlex.com/vid/regina-tames-reproduccion-asistida-655926849>.

³⁷ DERECHO A LA IDENTIDAD DE UN MENOR. ELEMENTOS QUE SE DEBEN TOMAR EN CUENTA CUANDO EL NIÑO O LA NIÑA NACIÓ POR CONSECUENCIA DE UN TRATAMIENTO DE INSEMINACIÓN ARTIFICIAL HETERÓLOGA, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, registro 2017230.

Por otro lado, la AI se aplica dentro del mismo criterio considerado para el reconocimiento de la maternidad en casos de GS, en el sentido que la Suprema Corte también reconoce que los lazos biológicos no constituyen el elemento predominante en las reglas de adopción.

ADOPCIÓN. EL MANTENIMIENTO DE LOS LAZOS BIOLÓGICOS NO CONSTITUYE UNA REGLA A SEGUIR EN AQUELLA INSTITUCIÓN.

La adopción es una institución que busca la protección y garantía de los derechos de menores que no están integrados a una familia, con el afán de incorporarlos a un hogar donde pueden proporcionarles afecto, cuidados, educación y condiciones adecuadas para su desarrollo; de suerte que la intervención del Estado en esa institución responde al principio de la integración familiar para encontrar un ambiente familiar que sea idóneo para el normal desarrollo del infante. Ahora bien, de acuerdo con la legislación internacional, un principio que debe regir la actuación judicial en relación con el derecho a una familia de los infantes, es el de reinserción en el núcleo familiar biológico; sin embargo, ello no implica que sea una regla a seguir en todos los casos de adopción, pues por el significado y alcance del interés superior del menor, habrá casos en los que lo más conveniente sea integrar al menor a un núcleo familiar distinto a aquel en el que se mantengan lazos biológicos, pues el Estado tiene la obligación de buscar la familia idónea para su desarrollo, por lo que no en todos los casos convendrá preservar las uniones biológicas, sino verificar la que le resulte más favorable.³⁸

En definitiva, y derivado de la jurisprudencia citada, tenemos que, tal y como ya se mencionó, se subraya el criterio de preponderancia entre las relaciones biológicas, negando la regla de que las mismas tengan prioridad por encima de relaciones por consecuencias distintas. Igualmente, todos los extractos de jurisprudencia citados tienen como base el interés superior del menor, un tema de por sí extenso, complejo y necesario que pergeñamos a continuación, al vincularlo con su aplicación directa al caso de la GS y la AI.

V. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

El interés superior del menor es un concepto que no nos es ajeno al haber incursionado en reiteradas ocasiones en contribuciones con este tema estelar.³⁹

³⁸ ADOPCIÓN. EL MANTENIMIENTO DE LOS LAZOS BIOLÓGICOS NO CONSTITUYE UNA REGLA A SEGUIR EN AQUELLA INSTITUCIÓN, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, enero de 2015, registro 2008303.

³⁹ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 243 pp., especialmente pp. 20 y ss.

En esta oportunidad no se pretende realizar un análisis exhaustivo de la misma, por cuestiones de espacio e idoneidad —pues será abordado en el último capítulo de esta obra de manera magistral por Soledad Torrecuadrada—, pero sí, al menos, dejar perfilado algunos aspectos que no deben ser obviados. Como *iusprivatista*, es claro que las normas de derecho internacional privado en torno a la minoridad están construidas bajo el principio del “interés del menor”, y su interpretación va de la mano, igualmente, con arreglo a dicho principio.⁴⁰

Si al siglo XXI se le ha denominado el siglo del *puerocentrismo*, es porque actualmente el vértice lo constituye, en una relación paterno/filial, el hijo; siendo éste la pieza más vulnerable en toda relación familiar;⁴¹ hablamos de una protección integral, jurídica y social, nacional e internacional. Con todo esto, reforzamos la idea en torno a la asunción, como principio toral o primigenio, de dicho interés superior del menor, el cual se torna en un complejo término, considerándose como un concepto jurídico indeterminado que no debe ni puede ser conceptualizado, porque el mismo varía según el caso específico con el que estemos interactuando en el tiempo y en el espacio.⁴²

En este sentido, el principio del “interés superior del menor” implica que, en todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del menor.⁴³ De esta manera, dentro del derecho mexicano encontramos la siguiente jurisprudencia:

INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratifi-

⁴⁰ Calvo Caravaca, Alfonso Luis *et al.*, *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., La Coruña, Colex, 2008, p. 326.

⁴¹ Opinión Consultiva OC-17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la intervención por parte de Costa Rica, disponible en www.iin.oea.org.

⁴² Incluso se habla de una relatividad de soluciones. Moya Escudero, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998, p. 7, así como Herranz Ballesteros, Mónica, *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Lex Nova, 2004, pp. 56 y ss., entre otros.

⁴³ Calvento Solari, Ubaldino, Conferencia Regional sobre Adopción Internacional. Documento para guía de discusiones. Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Santiago, Chile, 1999, p. 6. Véase, en ese sentido, qué dice la carta magna de la minoridad, es decir, la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989, en sus artículos 3, de manera general, y 21, cuando se refiere a la AI.

cada por México y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991); y 3o., 4o., 6o., y 7o., de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los tribunales deben atender primordialmente al interés superior del niño, en todas las medidas que tomen concernientes a éstos, concepto interpretado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (cuya competencia aceptó el Estado Mexicano el 16 de diciembre de 1998 al ratificar la Convención Interamericana de Derechos Humanos) de la siguiente manera: “la expresión ‘interés superior del niño’... implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.”⁴⁴

En este sentido, en el contexto de la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre Condición Jurídica y Derechos del Niño, encontramos que, “el interés del niño, [debe ser] entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”.⁴⁵

En otras palabras, “el concepto del interés del menor estriba, en fin, en la mayor suma de ventajas de cualquier género y especie, y del menor número de inconvenientes que le reporta una situación perfectamente determinada respecto de otra, siempre en protección de futuro, desde el exclusivo punto de vista de su situación personal”.⁴⁶

De nueva cuenta, la Opinión Consultiva OC-17/2002 también señala lo siguiente:

Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño... A este criterio han de ceñirse las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos. En el mismo sentido,

⁴⁴ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONCEPTO, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. I, diciembre de 2012, registro 159897.

⁴⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>.

⁴⁶ Durán Ayago, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, La Coruña, Colex, 2004, p. 92.

conviene observar que, para asegurar, en la mayor medida de lo posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección”. En ambos casos, la necesidad de adoptar esas medidas o cuidados proviene de la situación específica en la que se encuentran los niños, tomando en cuenta su debilidad, inmadurez o inexperiencia. En conclusión, es preciso ponderar no sólo el requerimiento de medidas especiales, sino también las características particulares de la situación en la que se halla el niño.⁴⁷

Finalmente, podemos observar la siguiente jurisprudencia que, de manera resumida, ayuda a conceptualizar el orden de prioridad que rige sobre el principio del interés superior del menor y el criterio de aplicación en el derecho mexicano, al indicar lo siguiente:

DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE.

El artículo 2, segundo párrafo, de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes prevé que el “interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes”; de ahí que cuando se tome una decisión que les afecte en lo individual o colectivo, “se deberán evaluar y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales”. Al respecto, debe destacarse que el interés superior del menor es un concepto triple, al ser: (I) un derecho sustantivo; (II) un principio jurídico interpretativo fundamental; y (III) una norma de procedimiento. El derecho del interés superior del menor prescribe que se observe “en todas las decisiones y medidas relacionadas con el niño”, lo que significa que, en “cualquier medida que tenga que ver con uno o varios niños, su interés superior deberá ser una consideración primordial a que se atenderá”, lo cual incluye no sólo las decisiones, sino también todos los actos, conductas, propuestas, servicios, procedimientos y demás iniciativas. Así, las decisiones particulares adoptadas por las autoridades administrativas —en esferas relativas a la educación, el cuidado, la salud, el medio ambiente, las condiciones de vida, la protección, el asilo, la inmigración y el acceso a la nacionalidad, entre otras— deben evaluarse en función del interés superior del niño y han de estar guiadas por él, al igual que todas las medidas de

⁴⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, consultado en <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2002/1687.pdf>.

aplicación, ya que la consideración del interés superior del niño como algo primordial requiere tomar conciencia de la importancia de sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate.⁴⁸

Sin embargo, más allá de la claridad en la prioridad de aplicación del interés superior del menor, es importante tener en consideración que, en la actualidad, sigue existiendo una relatividad y dificultad al momento de aplicarlo, por una gran cantidad de variantes legales y culturales. Por ejemplo, se ha señalado que “las diferencias entre las concepciones occidentales y otras culturas [fundamentalmente de tradición islámica] sobre la familia y la sociedad conllevan inevitablemente que la misma noción de interés del menor cubra valores diferentes en unas y otras”.⁴⁹ Esto es cierto, ya que, como veremos a continuación, a pesar de existir una clara línea de aplicación del principio del interés superior del menor, en términos de GS y AI, aún quedan diversas cuestiones sujetas a las circunstancias del caso, ya sea por la naturaleza del problema que conlleva a una gran diversidad de variantes —respecto a los sujetos intervinientes, los métodos, las nacionalidades, conflictos de leyes, etcétera— o por la libertad de los juzgadores a determinar y preponderar las variantes bajo la propia interpretación de los mejores intereses del menor.

VI. APLICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR CON RESPECTO A LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN TRANSFRONTERIZA Y LA ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Como venimos expresando, la ejecución práctica de la GST y la AI se encuentra en una intrínseca relación al principio del interés superior del menor. No obstante, la aplicación de dicho principio encuentra su base en una serie de ordenamientos constitucionales e internacionales que han sido utilizados por los juzgadores con el fin de determinar los criterios de aplicación de

⁴⁸ DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR SE ERIGE COMO LA CONSIDERACIÓN PRIMORDIAL QUE DEBE DE ATENDERSE EN CUALQUIER DECISIÓN QUE LES AFECTE, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, registro 2020401.

⁴⁹ García Cano, Sandra, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3a. época, núm. 7, 2004, p. 537.

dicho principio, los cuales deben ser abordados de manera separada, tanto para la GS así como para la AI.

1. *Gestación por sustitución*

En primer lugar, bajo la perspectiva de la GS, podemos extraer de apartados anteriores la relación de dicho acto jurídico con una disyuntiva al momento de determinar la relación paterno-filial y la aplicación del derecho a la identidad como principio rector. En segundo lugar, si bien tiene una especial relevancia en el tema los derechos reproductivos de los padres, no puede pasarse por alto que en la actualidad existe una evidente consideración por los derechos de los niños, con prioridad sobre los derechos de las personas adultas, el mencionado puerocentrismo que planteamos.

Por un lado, podemos considerar que el artículo 4o. de la Constitución reconoce la igualdad entre hombres y mujeres, y prevé el “derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos”. Por lo tanto, tal ordenamiento conlleva la posibilidad de utilización de distintos medios de reproducción asistida. Por otro lado, este artículo también regula el reconocimiento jurídico de la relación paterno-filial, al establecer que “toda persona tiene derecho a la identidad y a ser registrado de manera inmediata a su nacimiento. El Estado garantizará el cumplimiento de estos derechos”. Como veremos a continuación, la SCJN ha basado su interpretación a la aplicación del interés superior del menor bajo los criterios de dicho artículo. Para mayor claridad se adjunta a continuación:

DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Tanto hombres como mujeres tienen el derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos; este derecho está protegido por el Estado mexicano y encuentra sustento en el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyo artículo 16 consagra el derecho que tienen todos los hombres y mujeres de fundar una familia, señalando que ésta es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. De acuerdo con lo anterior, la decisión de tener hijos a través del empleo de las técnicas de reproducción asistida pertenece a la esfera más íntima de la vida privada y

familiar de una pareja, y la forma en cómo se construye esa decisión, es parte de la autonomía de la voluntad de una persona.⁵⁰

Adicionalmente, como expresamos, la SCJN reconoció de manera acertada la posibilidad de establecer la relación paterno-filial más allá del vínculo biológico. Como tal, la Corte resolvió:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO EN LOS JUICIOS QUE INVOLUCREN RELACIONES PATERNO-FILIALES, NO DEPENDE DE LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO BIOLÓGICO.

De conformidad con el artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Este mandato involucra ineludiblemente la actividad jurisdiccional, donde el mejor interés del menor debe ser vigilado tanto por las normas sustantivas como adjetivas aplicables al caso, como por el juzgador que cumple una función tutelar en dichos procedimientos, sin que ese principio jurídico dependa de precondiciones materiales para su operatividad. En ese sentido, la obligación de considerar el interés superior del menor en algún proceso concreto no tiene como premisa fundamental la existencia de un vínculo biológico en las relaciones paterno-filiales, sino que basta la existencia de algún derecho de un niño o una niña que se encuentre en juego para su actualización. Lo anterior no implica evidentemente que el juzgador esté obligado a resolver favorablemente frente a las pretensiones del menor, pero sí lo compromete a que su decisión tenga un tamiz más elevado en su análisis y una motivación reforzada que evidencie que durante el proceso decisorio ha actuado también como garante último de los derechos de la infancia que estén involucrados.⁵¹

De la jurisprudencia anteriormente citada, resulta conveniente resaltar la tarea de la corte en vislumbrar la aplicación del interés superior del menor en casos de relaciones paterno-filiales, en donde la Corte buscó guiar al juzgador indicando la premisa de basar su criterio en consideraciones más

⁵⁰ DERECHO A LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA. FORMA PARTE DEL DERECHO A DECIDIR DE MANERA LIBRE, RESPONSABLE E INFORMADA, SOBRE EL NÚMERO Y EL ESPACIAMIENTO DE SUS HIJOS, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4O. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, junio de 2018, registro 2017232.

⁵¹ INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. LA APLICACIÓN DE ESTE PRINCIPIO EN LOS JUICIOS QUE INVOLUCREN RELACIONES PATERNO-FILIALES, NO DEPENDE DE LA EXISTENCIA DE UN VÍNCULO BIOLÓGICO, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2018, registro 2017754.

allá de las relaciones biológicas y considerar más variantes al momento de decidir. Jurisprudencia que puede ser relevante al momento de resolver una problemática de titularidad en casos de GS y que puede ayudar a considerar la intención y el lazo entre los padres intencionales y el menor nacido. Tan cierto como que dicho criterio ha sido confirmado por la misma Corte en distinta resolución que citamos a continuación:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A LA IDENTIDAD. LA AUSENCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO EN LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL NO ES SUFICIENTE PARA SUSTENTAR LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD.

Al establecer el contenido y alcances del artículo 4o. de la Constitución Federal, esta SCJN ha sostenido que aunque existe una tendencia a que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, la coincidencia no siempre es posible, sea ya por supuestos tales como la filiación adoptiva o procreaciones asistidas por donación de gametos, por ejemplo, o porque el ordenamiento hace prevalecer en el caso concreto otros valores o intereses que considera más relevantes. Así, la verdad biológica no es el único principio rector de los procesos filiatorios. En la legislación civil de la Ciudad de México, ello se desprende con claridad de la existencia de diversas acciones para impugnar o modificar estados filiatorios, como el desconocimiento de paternidad previsto por el artículo 330 del Código Civil para la Ciudad de México para el caso del cónyuge varón o la anulabilidad del reconocimiento de paternidad hecho por un menor, previsto por el diverso artículo 363. Lo mismo ocurre respecto de la acción de nulidad de reconocimiento de paternidad fundada en incapacidad o error. Todas las acciones mencionadas establecen plazos de caducidad, cuya racionalidad es impedir que el estado anímico o la mera voluntad de los involucrados sea el factor determinante en la conservación de las relaciones familiares, cuyos derechos y obligaciones se han asumido a conciencia de la inexistencia del vínculo biológico. Lo anterior es congruente no sólo con la lógica interna del Código Civil como base de la familia, sino con una visión tutelar del derecho a la identidad que persigue proteger la conformación de la autopercepción —como faceta identitaria— y no sólo de necesidades de carácter prestacional. De ahí que el artículo 4o. de la Constitución federal no implique una facultad irrestricta a los sujetos involucrados en las relaciones familiares para que éstas sean modificadas en todo momento al amparo de la verdad biológica. Por el contrario, obliga al Estado mexicano a establecer mecanismos para la coincidencia de la verdad biológica y la filiación jurídica, pero al cobijarse de plazos firmes que pretenden dotar de certeza a las relaciones familiares. En este sentido, la ausencia de vínculo biológico en las relaciones paterno-filiales no resulta suficiente *per se* para sustentar la impugnación de paternidad, en tanto resulta acorde con la Constitución federal que exista un

plazo para el ejercicio de esa acción, superado el cual se privilegia un estado de familia consolidado en el tiempo.⁵²

Por lo anterior, podemos concluir que, en México, el criterio predominante es que bajo el interés superior del menor y el derecho a la identidad, el juzgador deberá tomar en consideración las distintas variantes circunstanciales para resolver conflictos en torno a la GS, dejando en claro que los vínculos biológicos no constituyen un criterio predominante para determinar las relaciones paterno-filiales.

2. *Adopción internacional*

En segundo lugar, en materia de AI, podemos notar cómo el Convenio de La Haya de 1993, en su artículo 1, establece como su objeto:

- a) Establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar, en consideración al interés superior del niño y al respeto de los derechos fundamentales que le reconoce el derecho internacional;
- b) Instaurar un sistema de cooperación entre los Estados contratantes que asegure el respeto a dichas garantías y, en consecuencia, prevenga la sustracción, la venta o el tráfico de niños; y
- c) Asegurar el reconocimiento, en los Estados contratantes, de las adopciones realizadas de acuerdo con el convenio.

También podemos considerar como parteaguas el interés superior del menor al momento de decidir cuestiones relativas a ella. Si bien, históricamente la filiación biológica era la esencia de las relaciones jurídicas entre padres e hijos; la adopción se contemplaba como algo residual, extremo; se percibía como una figura que proporcionaba formas de perpetuar líneas sucesorias y bienes familiares, con escasas ventajas para el adoptado.⁵³ En la actualidad, la adopción nacional e internacional se han convertido en realidades con un pronunciamiento inequívoco en favor del interés superior

⁵² INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y DERECHO A LA IDENTIDAD. LA AUSENCIA DE VÍNCULO BIOLÓGICO EN LA RELACIÓN PATERNO-FILIAL NO ES SUFICIENTE PARA SUSTENTAR LA IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD, *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, agosto de 2018, registro 2017755.

⁵³ González Martín, Nuria y Rodríguez Jiménez, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional*. Contexto mexicano, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 55. Véase también González Martín, Nuria, “Adopción internacional”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2005, pp. 9-14.

del menor.⁵⁴ Por lo anterior, podemos considerar que su aplicación va en la misma línea de la jurisprudencia de la Corte, citada en apartados anteriores, considerando dentro de la evolución de la AI la necesidad de tomar en cuenta las distintas variantes de los hechos, para determinar el mejor interés del menor y decidir en este sentido, sin que esto conlleve al juzgador a tomar en consideración, de manera predominante, los vínculos biológicos que pudieran existir en conflicto con los vínculos generados por la adopción de un menor.

El objetivo del interés superior del menor, en materia de AI, es ubicar al menor dentro de una familia internacional, cuando el menor no se pueda quedar con su familia biológica o una familia nacional. Es decir, este es el ducto por el que se conduce el interés superior del menor, a través del principio de subsidiariedad, cuando de la AI hablamos.⁵⁵

VII. CONCLUSIONES

Como corolario de todo el panorama descrito en las páginas anteriores en torno al interés superior del menor, aterrizándolo en la figura de la GS y la AI, queremos perfilar las deficiencias normativas que en dos planos hemos detectado alrededor de estas figuras; reiterando, como lo hicimos en la introducción de esta obra, que no hay respuestas simples para temas complejos como el presente.

En primer lugar, resulta evidente que la GS en México sigue encontrándose dentro de un limbo legal, lo cual trae aparejada una serie de retos que los juzgadores y académicos deberán sortear a fin de determinar los límites de su aplicación. Además, debemos considerar que el primer intento de legislar la figura en el Estado de Tabasco creó una situación, conocida como un “paraíso”, en el sentido de que propició el turismo con fines de GS y una situación riesgosa para muchas mujeres en dicho Estado, propiciando el tráfico de personas. Sin embargo, consideramos positivo el pronunciamiento, por parte de la SCJN, en el cual ordena a los jueces resolver, aún con falta de legislación concreta en la materia, delimitando o más bien ampliando sus criterios, y respetando la posibilidad de establecer relaciones paterno-filiales, más allá del simple vínculo genético. Con todo esto, debemos recordar que, derivado de la amplitud de posibilidades genéticas en una reproducción asistida, dicho criterio resulta insuficiente para poder obtener una

⁵⁴ *Idem.*

⁵⁵ González Martín, Nuria, *Adopción internacional en México: luces y sombras, op. cit.*, p. 294.

certeza jurídica al momento de decidir la tutela sobre el bebé, nacido bajo esta modalidad, en caso de conflicto entre los intervinientes.

Por otro lado, atendiendo a la realidad y a la evolución de la forma en la que las familias se constituyen en la actualidad, pudimos observar la relevancia de la aplicación del interés superior del menor en casos de AI, sin embargo, nos volvimos a topar con la misma problemática que en los casos de GS, ya que aun y cuando la AI se encuentra regulada de una manera más concreta, tanto en el derecho nacional como en el internacional, también es cierto que la realidad rebasa la concepción del legislador y del juez, y la obligación de resolver bajo el interés superior del menor puede resultar bastante abstracta para el juzgador. En definitiva, se exigen respuestas judiciales que se centren en el interés superior del menor, y no en el propósito, por ejemplo, de sancionar a sus padres o desalentar las prácticas de GS.

Tal y como expresamos, tanto en casos de GS como en AI, intervienen una serie de variantes fácticas y culturales que impiden una conceptualización general de los preceptos que pudieran regir, y permite una amplia interpretación de los jueces en el tema. Razón por la cual resulta prioritario considerar las directrices que la Suprema Corte ha intentado marcar y decidir más allá de las concepciones tradicionales del derecho de familia.

Si desde el título planteamos la duda entre caminos de encuentro o caminos divergentes, ante los obstáculos que plantea la GST, cuando en torno a la determinación de la filiación aparecen soluciones con forma de AI que no son las idóneas o más propicias, a partir de aquí reiteramos la imposibilidad de encontrar soluciones sencillas a supuestos jurídicos de máximo interés y no menos complejidad.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

ALBORNOZ, María Mercedes, “Gestación por sustitución transfronteriza y problemas recurrentes en torno a ella”, en *id.* (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020.

ÁLVAREZ, Natalia, *La maternidad subrogada en México: leyes en cada estado y precios*, actualizado al 30 de agosto de 2019, consultado en <https://www.babygest.es/mexico/>.

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, Aurelia y CARRIZO AGUADO, David, “Tratamiento legal del contrato de gestación por sustitución en el derecho internacional privado español a la luz de la STS de 6 de febrero de 2014. Dime niño, ¿de quién eres...?”, *La Notaría*, Cataluña, vol. 2014, núm. 2, 2014.

- CALVENTO SOLARI, Ubaldino, Conferencia Regional sobre Adopción Internacional. Documento para Guía de Discusiones. Conferencia Inter-Gubernamental sobre Adopción Internacional, Santiago, Chile, 1999.
- CALVO CARAVACA, Alfonso Luis *et al.*, *Derecho de familia internacional*, 4a. ed., La Coruña, Colex, 2008.
- CANTORAL DOMÍNGUEZ, Karla, “Maternidad subrogada en el derecho comparado”, en PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- DREYZIN DE KLOOR, Adriana, *El derecho internacional de familia en la postmodernidad. Familia internacional. Sustracción internacional de niños. Subrogación materna y sus efectos internacionales*, San José, Costa Rica, Jurídica Continental, 2012.
- DURÁN AYAGO, Antonia, *La protección internacional del menor desamparado: régimen jurídico*, La Coruña, Colex, 2004.
- EMAKUNDE, ¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final, Galicia, abril de 2018, disponible en emakunde.blog.euskadi.eus/wpcontent/uploads/2018/07/INFORMECompleto21042018.pdf
- ESTEINOU, Rosario, “Tecnologías de reproducción asistida: su extensión y regulación legal en México”, en *id.* (coord.), *La nueva generación social de familias. Tecnologías de reproducción asistida y temas contemporáneos*, México, CIESAS, 2012.
- GARCÍA CANO, Sandra, “La obligación estatal de protección integral del menor como fundamento jurídico de la cooperación internacional entre autoridades en el derecho internacional del menor”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, 3a. época, núm. 7, 2004.
- GÓMEZ BENGOCHEA, Blanca, *Derecho a la identidad y filiación: búsqueda de orígenes en adopción internacional y otros supuestos de filiación transfronteriza*, México, Dykinson, 2017.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Adopción internacional”, *Enciclopedia jurídica mexicana*, México, UNAM-Porrúa, 2005.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria “Adopción internacional en México: luces y sombras”, en GARCÍA FLORES, Eugenio (coord.), *Globalización y derecho internacional en la primera década del siglo XXI*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, *Adopción internacional en México: luces y sombras*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Estados cuya legislación prohíbe la gestación por sustitución”, en ALBORNOZ, María Mercedes (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020.

- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Globalización familiar: nuevas estructuras para su estudio”, en varios autores, *Libro homenaje al profesor Eugenio Hernández-Bretón*, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2019.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Maternidad subrogada y adopción internacional”, en BRENA SESMA, Ingrid (coord.), *Reproducción asistida*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y ALBORNOZ, María Mercedes, “Aspectos transfronterizos de la gestación por sustitución”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XVI, 2016.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, Sonia, *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.
- “GPA à l'étranger: la justice reconnaît pour la première fois une adoption par le deuxième père”, *Libération*, París, 2018, disponible en www.liberation.fr/france/2018/09/19/gpa-a-l-etranger-la-justice-reconnaît-pour-la-premiere-fois-une-adoption-par-le-deuxieme-pere_1679812.
- HERRANZ BALLESTEROS, Mónica, *El interés del menor en los convenios de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado*, Madrid, Lex Nova, 2004.
- JIMÉNEZ BLANCO, Pilar, “La crisis de la gestación por sustitución en Ucrania y el caos en el Ministerio de Justicia (Comentario a las instrucciones de la DRRN de 14 y 18 de febrero de 2019)”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 37, 2019.
- LAMM, Eleonora, *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona, Universidad de Barcelona, 2013.
- MOYA ESCUDERO, Mercedes, *Aspectos internacionales del derecho de visita de los menores*, Granada, Comares, 1998.
- QUICIOS MOLINA, Susana, “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1, 2019.
- RUBIO CHÁVEZ, Benjamín, *Derecho a la identidad. Un estudio sobre el registro de nacimiento de niños y niñas, hijos e hijas de extranjeros en situación irregular*, México, Instituto de la Judicatura Federal, 2019.
- SALAZAR BENÍTEZ, Octavio, “La gestación por sustitución desde una perspectiva jurídica. Algunas reflexiones sobre el conflicto entre deseos y derechos”, *UNED. Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto de 2017.
- SALES PALLARÉS, Lorena, “La pérdida del interés (superior del menor) cuando se nace por gestación subrogada”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol.

11, núm. 2, 2019, disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/4961/3440>.

TAMÉS, Regina, “La reproducción asistida está en el limbo”, *El Mundo del Abogado*, México, núm. 212, diciembre de 2016.

VARGAS BACA, Rosa Elvira, “Regulación especial de la gestación por sustitución en el sistema jurídico mexicano”, en ALBORNOZ, María Mercedes (ed.), *La gestación por sustitución en el derecho internacional privado y comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas-CIDE, 2020.

Jurisprudencia

Tesis 1a. XCVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2018, p. 1027.

Tesis 1a. XCVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, agosto de 2018, p. 1026.

Tesis 1a. LXXVI/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 957.

Tesis 2a./J. 113/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, p. 2328.

Tesis 1a./J. 25/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. I, diciembre de 2012, p. 334.

Tesis 1a. XXIV/2015, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. I, enero de 2015, p. 747.

Tesis 1a. LXXVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, junio de 2018, p. 955.

Tesis 1a. LXXXVIII/2019, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. II, octubre de 2019, p. 1159.

Tesis 835/2013, Sala Primera de lo Civil, febrero de 2014, disponible en <http://supremo.vlex.es/vid/filiacion-reconocimiento-extranjero-494106606>.

CAPÍTULO SEXTO

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA. PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS A TRAVÉS DE UN ESTUDIO DE CASO

Gisela María PÉREZ FUENTES

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Repensar el derecho civil.* III. *La constitucionalización del derecho civil en México.* IV. *La constitucionalización del derecho de familia en México en el contexto de los derechos humanos.* V. *Análisis de la constitucionalización del derecho de familia a partir del derecho a la identidad.* VI. *Conclusiones.* VII. *Bibliografía.*

I. INTRODUCCIÓN

El proceso de constitucionalización ha tenido una importancia fundamental en el derecho civil, referente al rescate de la dignidad de la persona y también en el derecho de familia, que permea otras disciplinas del derecho como el laboral o el internacional privado, y también el derecho de propiedad como un derecho humano.

La constitucionalización del derecho civil en la mayoría de los países de Europa y América Latina se han producido fundamentalmente después de la Segunda Guerra Mundial del siglo pasado, sin embargo, en México, desde principios del siglo XX, se dieron legislativamente avances jurídicos importantes para proteger a las personas más débiles y especialmente a las relaciones familiares. No es por casualidad que en 1917 se aprobara una ley especial sobre las relaciones familiares, explicando en su considerando:

Que las ideas modernas sobre igualdad ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que [...] continúan basándose en el

rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico [...] Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad.

En este trabajo nos centraremos como objetivo general analizar el rescate de la dignidad de la persona para determinar su influencia en el derecho de familia.

La hipótesis que se presenta es la siguiente: la constitucionalización del derecho de familia implica el rescate y reconocimiento de la protección de la persona y su dignidad, en relación a otros derechos fundamentales como el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad, para romper así con el paradigma de la concepción generalizada sobre la patrimonialización del derecho, reconociendo así los diferentes tipos de relaciones familiares con una nueva concepción jurídica protegida por la Constitución, en un ámbito superior del concepto familiar tradicional, que implican un cambio paradigmático en las consecuencias tradicionales del derecho privado.

II. REPENSAR EL DERECHO CIVIL

1. *Antecedentes y formación del derecho civil codificado en México*

El primer Código Civil formal del México liberado ha sido señalado como el Código Civil de Oaxaca, con una corta duración de 1827 a 1829;¹ sin embargo, el breve tiempo transcurrido desde el periodo revolucionario no permitía aún plasmar la realidad de las relaciones privadas que se iban conformando, y que ciertamente en muchos casos continuaban existiendo en el país; por esto, este Código Civil estuvo inspirado en el proyecto de Florencio García Goyena, jurista español que se inspiró en un modelo afrancesado, y del cual no resultó exactamente el Código Civil español de 1889.²

El movimiento codificador se consolidó en México a partir de la aprobación del Código Civil de 1870, como Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de Baja California, cuando se rescataron los trabajos por la co-

¹ Icaza Dufour, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época precortesiana hasta 1854”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Departamento de Derecho, núm. 4, 1972, p. 214.

² Castán Vázquez, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas” en varios autores, *Homenaje al profesor Juan Roca*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989, pp. 153-162.

misión revisora del proyecto de Justo Sierra.³ El Código Civil de 1870 estuvo también enriquecido por el Código Civil francés y el proyecto de Código Civil de García Goyena antes mencionado; también tuvo influencia de otros códigos europeos, como el italiano y el portugués.

El 24 de mayo de 1884 se aprobó un nuevo Código Civil para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California, que resultó ser una reproducción casi literal del de 1870, lo más significativo fue, salvo algunas modificaciones, la libertad de testar: un avance de la legislación civil, pues señalaba el artículo 3323: “ Toda persona tiene derecho a disponer libremente de sus bienes por testamento, a título de herencia o legado ”.

Este derecho quedó limitado sólo por la obligación de dejar alimentos a los descendientes, al cónyuge y a los ascendientes cuando no tengan bienes propios. El testador sólo estaba obligado a dejar alimentos a los descendientes legítimos, a los ilegítimos y a los ascendientes legítimos.⁴

Se consideran avances del Código Civil de 1884, la desaparición de la interdicción por la prodigalidad y la separación de cuerpos, sin que se constituyera el divorcio.

El Código Civil de 1884 sufrió dos importantes derogaciones:

- En 1914, la Ley del Divorcio Vincular permitió la disolución del vínculo conyugal y que los divorciados pudieran contraer un nuevo matrimonio.
- La Ley sobre Relaciones Familiares de 1917 derogó todo lo relacionado con el derecho de familia del Código Civil de 1884, y dio paso a una ley especial de 555 artículos, denominada Ley de Relaciones Familiares. Esta ley fue producto de un cambio político y social que se producía en otras instancias del país; por esto la reflexión en el considerando de la Ley familiar especial, en cuanto a los siguientes principios:⁵

³ Cruz Barney, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, en *id. et al., Código Civil para el Gobierno Interior del Estado de los Zacatecas de 1o. de diciembre de 1829*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, pp. 1-18.

⁴ Brena Sesma, Ingrid, “La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884”, en varios autores, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985, pp. 111-125.

⁵ Al respecto, véase el texto de la ley en <https://www.sitios.scjn.gob.mx/constitucion1917-2017/sites/default/files/venustianocarranza/archivos/Leysobrerelacionesfamiliares1917.pdf>.

a) Que las ideas modernas sobre igualdad ampliamente difundidas y aceptadas en casi todas las instituciones sociales, no han llegado a influir convenientemente en las instituciones familiares que, continúan basándose en el rigorismo de las viejas ideas romanas conservadas por el derecho canónico.

b) Que siendo la familia entre los romanos no sólo fuente de derechos civiles, sino también, desde muchos puntos de vista, una institución política constituida por la autoridad absoluta del *pater familias*, que tenía sobre los hijos un poder omnímodo que lo hacía dueño de sus personas y bienes en tiempo ilimitado, y sobre la mujer un poder semejante bajo la potestad del marido.

c) Que el cristianismo no influyó directamente sobre la organización de la familia, pues el derecho canónico aceptó las relaciones establecidas por el derecho romano, robusteciendo con los sacramentos la autoridad del marido sobre la mujer.

d) Que las legislaciones posteriores, aunque reconocieron el matrimonio como un contrato, siguió considerándose la idea canónica de la indisolubilidad del matrimonio y llegaron a darle a los bienes el carácter de una sociedad universal.

e) Mientras que en la Constitución de 1857 establecía la ineficacia del artículo 5o. en cuanto a cualquier pacto que tuviera por objeto la pérdida, menoscabo o irrevocable sacrificio de la libertad del hombre, el Código Civil por el solo hecho de que la mujer celebrara un contrato de matrimonio, la incapacitaba por completo.

f) Que no sólo por las razones expuestas, sino también que las trascendentales reformas políticas llevadas a cabo por la Revolución, no pueden implantarse debidamente sin las consiguientes reformas a todas las demás instituciones sociales y muy especialmente familiares.

g) Se elimina la denominación de hijos espurios y se mantiene la de hijos naturales.

h) Permite la administración de los bienes personales que tenían los cónyuges antes del matrimonio.

Algunas características que encontramos en la Ley de Relaciones Familiares son las siguientes:

- a) En el artículo 13 se definió el matrimonio como el contrato civil entre un solo hombre y una sola mujer, que se unen con vínculo disoluble para perpetuar la especie y ayudarse a llevar el peso de la vida. Nótese que no existen elementos intrínsecamente patrimoniales, como sí asigna alguna sentencia contemporánea a la que nos referiremos con posterioridad.
- b) En el artículo 40 se establece que los cónyuges deben estar obligados a guardarse fidelidad.

- c) Por su parte, el artículo 45 refiere que el marido y la mujer tendrán plena capacidad para administrar sus bienes propios, disponer de ellos y ejercer todas las acciones que les competan, sin que el esposo necesite consentimiento de la esposa, ni ésta solicite licencia de aquél.
- d) Que los derechos y obligaciones personales de los consortes deben establecerse sobre una base de igualdad.⁶
- e) La obligación de darse alimentos es recíproca.⁷
- f) El divorcio disuelve el vínculo matrimonial: el adulterio es una de las causas de la disolución matrimonial.⁸
- g) El adulterio de la mujer es siempre causa de divorcio. El adulterio del marido será causa de divorcio cuando concurren determinadas causas: 1) que el adulterio haya sido en casa común, 2) que haya habido concubinato entre los adúlteros dentro o fuera de la casa conyugal; 3) que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer ilegítima, o 4) que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra a la mujer legítima.⁹

2. Código Civil de 1928

El Código Civil de 1928¹⁰ fue expedido por el presidente de la República en uso de facultades extraordinarias que le fueron concedidas por el Congreso de la Unión,¹¹ con fundamento en el artículo 49 de la Constitución de 1917, que establecía que no se podrían reunir dos o más de los tres poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión conforme al artículo 29, que precisaba:

En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquiera otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Pre-

⁶ Cfr. Artículo 43 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁷ Al respecto, véase artículo 51 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁸ Cfr. Artículos 75 y 76 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

⁹ Véase artículo 77 de la Ley de Relaciones Familiares de 1917.

¹⁰ Fue promulgado el 30 de agosto de 1928 con el título de Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal. Se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo, 14 de julio, 3 y 31 de agosto de 1928.

¹¹ El código fue elaborado por una comisión redactora integrada por los abogados Ángel García Peña, Ignacio García Téllez, Fernando Moreno y Francisco H. Ruiz. Cfr. Cruz Barney, Óscar; “La codificación civil en México, aspectos generales”, *op. cit.*, p. 17.

sidente de la República Mexicana, de acuerdo con el Consejo de Ministros y con aprobación del Congreso de la Unión [...] podrá suspender en todo el país, o en lugar determinado, las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación, pero deberá hacerlo por un tiempo limitado.

Algunos autores consideran que existieron dudas sobre la constitucionalidad del Código Civil de 1928, porque lo consideraron improcedente de acuerdo a los artículos 29 y 49, y si era cierto que el citado último artículo no contenía una prohibición total, en este mismo precepto se establecía de forma expresa el único caso en el cual, en aquel momento, se podían delegar facultades extraordinarias al presidente.¹²

La jurisprudencia determinó la constitucionalidad del Código Civil de 1928, al considerar válida y fundada la delegación de facultades realizadas por el Congreso de la Unión al presidente de la República, en tres tesis:

- La primera tesis de la Séptima Época se refiere a que el Código expedido por el presidente de la República es una ley que originalmente correspondió al Congreso emitir y, por lo tanto, al haber delegado facultades al presidente, éste gozaba de las mismas facultades del Congreso. El rubro de la tesis antes señalada es el siguiente: “LEY EMITIDA POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN USO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS OTORGADAS POR EL CONGRESO DE LA UNIÓN”.¹³
- La segunda en la cual describo los señalamientos fundamentales expedidos en ese momento por la Corte:

La expedición por el Presidente de la República, en uso de facultades extraordinarias otorgadas por el Congreso de la Unión, del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, no vulnera el principio de división de poderes pues según ha interpretado esta Suprema Corte, la prohibición contenida en el texto original del artículo 49 entonces vigente, de que se reunieran dos o más poderes en una sola persona o corporación, impedía que uno fuera absorbido orgánicamente por el otro y desapareciera de la estructura del poder, pero no que el Congreso de la Unión transfiriera al Ejecutivo Federal ciertas facultades legislativas como un acto de colaboración en dos poderes dirigido a salvaguardar la marcha normal y

¹² Cárdenas Villarreal, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (Origen, fundamento y constitucionalidad)”, *Revista Mexicana de Derecho*, número 10, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2008, pp. 3-35.

¹³ *Semanario Judicial de la Federación*, Séptima Época, t. 217-228, p. 178.

regular de la vida en sociedad; fue hasta el año de mil novecientos treinta y ocho en que se adicionó un párrafo final a dicho precepto, cuando se tornó ilegítima esta práctica.¹⁴

- El texto de la tercera tesis es el siguiente:

Aun cuando es verdad que en ningún artículo de la Constitución se establecía de modo expreso la facultad del Congreso de la Unión para expedir el Código Civil y el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, dichas atribuciones se encontraban asentadas de manera implícita en diversos artículos constitucionales entre ellos el 14, 16, y 17 de la Ley Fundamental.¹⁵

En la edición original que se publicó del Código de 1928, la referencia fue la siguiente:¹⁶

PLUTARCO ELÍAS CALLES, Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos a sus habitantes sabed:

Que en uso de la facultad que ha tenido a bien conferirme el H. Congreso de la Unión por decretos de 7 de enero y de 6 de diciembre de 1926, y de 3 de enero de 1928, expido el siguiente:

CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL.

Posteriormente, el 1o. de septiembre de 1932 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el “Decreto por el cual se previene que el Código Civil de 30 de agosto de 1928, comenzará a regir el 1o. de octubre de 1932”, en este caso el presidente constitucional de los Estados Unidos Mexicanos, Pascual Ortiz Rubio, decretó:¹⁷

¹⁴ Tesis P./J. 12/93, CÓDIGO CIVIL PARA EL DISTRITO FEDERAL EN MATERIA COMÚN Y PARA TODA LA REPÚBLICA EN MATERIA FEDERAL. SU EXPEDICIÓN POR EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA EN EJERCICIO DE FACULTADES EXTRAORDINARIAS ES CONSTITUCIONAL, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 71, noviembre de 1993, p. 10.

¹⁵ Tesis aislada P. LXXVII/95, CÓDIGO CIVIL Y CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES, AMBOS PARA EL DISTRITO FEDERAL. EL CONGRESO DE LA UNIÓN TENÍA LA FACULTAD PARA EXPEDIRLOS (SITUACIÓN ANTERIOR A LA REFORMA DEL PRECEPTO 122, FRACCIÓN IV, INCISO G, CONSTITUCIONAL, DE FECHA VEINTICINCO DE OCTUBRE DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y TRES), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995, p. 77.

¹⁶ Al respecto, véase http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_26may28_ima.pdf.

¹⁷ Puede leerse la publicación original en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/ccf/CCF_orig_prev_01sep32_ima.pdf.

Que en uso de la facultad que me concede el artículo 1o. transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928 [...] he tenido a bien expedir el siguiente:

DECRETO:

Artículo Único. Se reforma el artículo 1o. transitorio del Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en materia federal, expedido el 30 de agosto de 1928, que quedará en los siguientes términos:

Artículo 1o. Este Código comenzará a regir el 1o. de octubre de 1932.

Como se observa y conoce, existió una *vacatio legis* casi de cuatro años para que entrara en vigor el Código Civil de 1928; causas sociales y políticas, y el pensamiento filosófico mundial, habían influido en el desarrollo del articulado de este Código Civil que realmente considero el verdadero primer Código Civil de carácter mexicano, desprovisto ya de muchas influencias romanas, canónicas y colonialistas.

La *vacatio legis* se propició por la resistencia a estos anteriores cambios mencionados, que pueden resumirse en los siguientes dos incisos:

- a) El carácter de orden público que primaba sobre algunas relaciones contractuales y familiares fue considerado por los conservadores de la época como un Código demasiado progresista, y lo era. El Código Civil absorbió la Ley de Relaciones Familiares de 1917, sin perder la esencia de la misma en esta incorporación, como por ejemplo el divorcio vincular.

Las palabras de García Téllez explican desde una perspectiva social este momento de tránsito jurídico hacia el verdadero Código Civil mexicano:

Etapas éstas de exaltada intransigencia para los que añoran los regímenes seculares mantenedores de privilegios y rancios prejuicios; pero, en cambio, gozosamente anheladas por los que creemos en un nuevo orden de cosas más humano, más justo y más bello, a cuya sombra puedan crecer los nobles esfuerzos por la exaltación de la dignidad personal, base de la verdadera igualdad, y no la reconocida teóricamente en los códigos, para la mejor explotación del débil, del desamparado o del ignorante.¹⁸

¹⁸ García Téllez, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil Mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1965, p. 1.

La falta de expedición de un Código Federal de Procedimientos Civiles acorde con el texto del Código Civil de 1928. En el caso del Distrito Federal, se expidió un nuevo Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 1o. al 21 de septiembre de 1932, año en que comenzó a regir.¹⁹

- b) Además, la inestabilidad política y social de la época en la que se destacan atentados y asesinatos, como el del general Álvaro Obregón.

La influencia del pensamiento filosófico mundial se plasmó en la Constitución de 1917 e influyó definitivamente en el Código Civil aprobado en 1928, que empezó a regir después de una *vacatio legis* hasta 1932, y partió de los principios sociales de la que estaba investida la Constitución, modificando o limitando principios tradicionales del derecho civil, como que la autonomía de la voluntad y la ignorancia de la ley no excusa de su cumplimiento, al incorporar dos revolucionarios artículos no presentes en los códigos de origen romano francés, por cierto aún en los códigos civiles de los diferentes Estados, que cambia la relación jurídica patrimonial en los contratos. Las fuentes principales del Código Civil de 1928 quedaron identificadas con aportaciones de los códigos suizo, español, alemán, francés, ruso, chileno, argentino, brasileño, guatemalteco y uruguayo.

Las principales innovaciones, a nuestro parecer de carácter social, se distinguieron en los siguientes artículos:

- a) Igualdad del hombre y la mujer:

Artículo 2. La capacidad jurídica es igual para el hombre y la mujer, en consecuencia la mujer no queda sometida por razón de su sexo a restricción alguna en la adquisición y ejercicio de sus derechos civiles;

- b) Forma especial de lesión:

Artículo 17. Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia, o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado

¹⁹ En 1908 se expidió el nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, que inició su vigencia el 5 de febrero de 1909. Posteriormente, se dictó un nuevo Código Federal de Procedimientos Civiles, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de febrero de 1943. *Cfr.* Cruz Barney, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, *op. cit.*, pp. 17 y 18.

tiene derecho de pedir la rescisión del contrato y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación;

c) Ignorancia de la ley:

Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento, pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público;

- d) Incorpora la doctrina del abuso del derecho en materia de propiedad (artículo 840) y la del abuso del derecho en general, propia del derecho alemán (artículo 1912);
- e) Incorpora la reparación moral en el artículo 1916 derivado del patrimonial;
- f) La responsabilidad objetiva extracontractual (artículo 1913) con influencia rusa;
- g) El riesgo profesional (artículos 1935 a 1937);
- h) Se reguló la promesa de contratar (artículo 2243);
- i) Se otorgó la facultad a los jueces para que en vista del atraso, miseria y lejanía de las vías de comunicación de algunos individuos, pudieran eximirlos de las sanciones establecidas por la ley que ignoraban o bien otorgarles un plazo especial para su cumplimiento (artículo 2);
- j) Igualdad para el hombre y la mujer (artículo 168).

De los escasos códigos que han introducido modificaciones a estos artículos aparece el Código Civil de Nuevo León, por ejemplo,²⁰ que ha realizado una modificación en los términos siguientes:

Artículo 17. Cuando alguno explotando la suma ignorancia, notoria inexperiencia o extrema miseria de otro, obtiene un lucro excesivo que sea evidentemente desproporcionado a lo que él por su parte se obliga, el perjudicado tiene derecho de pedir la rescisión del contrato, y de ser ésta imposible, la reducción equitativa de su obligación./ El derecho concedido en este artículo dura un año.

²⁰ Código Civil para el Estado de Nuevo León, publicado en el *Periódico Oficial* el 6 de julio de 1935. Última reforma publicada el 31 de diciembre de 2018.

Artículo 21. La ignorancia de las leyes no excusa su cumplimiento; pero los jueces teniendo en cuenta el notorio atraso intelectual de algunos individuos, su apartamiento de las vías de comunicación o su miserable situación económica, podrán, si está de acuerdo el Ministerio Público, eximirlos de las sanciones en que hubieren incurrido por la falta de cumplimiento de la ley que ignoraban, o de ser posible, concederles un plazo para que la cumplan; siempre que no se trate de leyes que afecten directamente al interés público.

Artículo 21 Bis I. Para la solución de situaciones jurídicas que requieran la aplicación de normas conflictuales, se aplicará el orden jurídico que tenga la más estrecha relación con ellas. Este principio dominante se observará en la interpretación de las siguientes disposiciones conflictuales creadas con esta finalidad por lo tanto el texto de cualquier disposición conflictual podrá ser pospuesto en todos aquellos casos en los cuales se justifique la presencia de una solución directamente basada en dicho principio.

Estos artículos, presentes aún en casi todos los códigos, protegen al débil social, adelantándose a su tiempo, y son importantes para algunas normas del derecho internacional privado que aparecen también en el Código Civil, como por ejemplo: el caso de extranjeros que se casan en México, la nacionalidad, entre otros.²¹

El Poder Judicial de la Federación ha tenido en cuenta también estos principios de protección al débil social; es de notar, obviamente en casos de derecho patrimonial, porque la persona o los derechos de la personalidad constitucionalizados no pueden entrar en el comercio.

El 25 de mayo de 2000 se publicaron en la *Gaceta Oficial del Distrito Federal* diversas reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, aprobadas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en correspondencia con el artículo primero transitorio del decreto que las contiene, para denominarse como Código Civil para el Distrito Federal.²²

Por su parte, el 29 de mayo del 2000 fueron publicadas en el *Diario Oficial de la Federación* reformas al Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, realizadas por el Congreso de la Unión. La denominación del Código se modificó para quedar como “Código Civil Federal”, reformándose el artículo 1o., en cuanto

²¹ Por ejemplo, artículos 14 y 15 del Código Civil Federal. Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 2019.

²² La denominación “Código Civil para el Distrito y Territorios Federales en Materia Común, y para toda la República en Materia Federal” cambió para el Distrito Federal, a partir de su publicación en la *Gaceta Oficial* el 25 de mayo de 2000.

a que las disposiciones del Código regirán en toda la República en asuntos del orden federal.²³

En esa fecha, se reformaron también los artículos 1803, 1805, 1811, y se adicionó el artículo 1834 bis vinculado con el 1834,²⁴ en lo que concierne a continuación:

Artículo 1834 Bis. Los supuestos previstos por el artículo anterior se tendrán por cumplidos mediante la utilización de medios electrónicos, ópticos o de cualquier otra tecnología, siempre que la información generada o comunicada en forma íntegra, a través de dichos medios, sea atribuible a las personas obligadas y accesible para su ulterior consulta.

Las reformas entraron en vigor a los nueve días siguientes de su publicación en el *Diario Oficial de la Federación*, es decir el 7 de junio siguiente, quedando modificada además de la denominación del Código, su ámbito espacial de validez. A partir de la reforma, se denominó la legislación civil como: “Código Civil para el Distrito Federal”. Por el Congreso de la Unión se denominó también como “Código Civil Federal”.²⁵

El ordenamiento civil se convirtió en dos distintos códigos civiles, los cuales son:

- El Código Civil para el Distrito Federal (cuya competencia es de la Asamblea Legislativa)²⁶ y,
- El Código Civil Federal (cuya competencia recae en el Congreso de la Unión).²⁷

²³ *Cfr.* Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones del Código Civil para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, del Código Federal de Procedimientos Civiles, del Código de Comercio y de la Ley Federal de Protección al Consumidor, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 29 de mayo de 2000.

²⁴ El artículo 1834 establecía: “Cuando se exija la forma escrita para el contrato, los documentos relativos deben ser firmados por todas las personas a las cuales se imponga esa obligación. Si alguna de ellas no puede o no sabe firmar, lo hará otra a su ruego y en el documento se imprimirá la huella digital del interesado que no firmó”.

²⁵ Cárdenas Villarreal, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (origen, fundamento y constitucionalidad)”, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

²⁶ Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 18 de julio de 2018.

²⁷ Código publicado en el *Diario Oficial de la Federación* en cuatro partes en 1928, cuya última reforma se publicó el 3 de junio de 2019.

III. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO CIVIL EN MÉXICO

Se denomina constitucionalización, en sentido estricto, al proceso histórico-cultural que culmina estableciendo una relación jurídica entre el detentador del poder político y los que están sujetos al poder, instrumentalizado a través de una Constitución.²⁸

Antecedentes y concepto

Después de la Segunda Guerra Mundial, la protección de los derechos humanos, a través de la creación de la Organización de Naciones Unidas en 1948, potenció que las nuevas constituciones europeas extendieran su contenido a la protección de los derechos fundamentales de los regímenes totalitarios, de igual forma las constituciones asumen los principios de la llamada democracia social, abandonando así la función clásica de regular únicamente el poder, elevando así los derechos fundamentales de las personas a normas constitucionales, y en algunos casos establecen mecanismos jurisdiccionales especiales para lograr la efectividad de estos nuevos derechos protegidos constitucionalmente.

Uno de los países que se establecen como antecedente fue Italia, donde el Código Civil de 1942 fue elaborado durante el régimen fascista, y después de la derrota del horrible régimen político se redacta la Constitución democrática de 1946. Se consideró que el Código Civil de 1942 era el código de los italianos y no del fascismo. Precisamente, la constitucionalización del derecho civil fue una forma de solución que se utilizó en el derecho italiano cuando los juristas pretendían aplicar el Código Civil de 1942, promulgado por el régimen fascista, pero subordinado a la Constitución antes mencionada.²⁹ Por otra parte, las nuevas constituciones asumen derechos íntimamente vinculados al derecho civil.³⁰

²⁸ Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bolonia, Il Mulino, 1976, p. 23.

²⁹ Fue Pietro Perlingeri el padre de esta nueva forma de resolver el desarrollo del derecho civil a la luz de un sistema democrático. *Cfr.* Perlingeri, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema italo-comunitario de las fuentes*, trad. de Agustín Luna Serrano *et al.*, Madrid, Dykinson, 2008.

³⁰ Por ejemplo, el artículo 22 de la Constitución italiana señala que nadie puede ser privado por motivos políticos, de su capacidad jurídica, de la ciudadanía, del nombre.

El proceso de constitucionalización se da también en Alemania a través de una influencia considerable sobre el Código Civil por el trabajo de la Corte Constitucional Federal.³¹ Es precisamente en Alemania donde se impone la aceptación de los derechos fundamentales a las relaciones entre particulares,³² posición sostenida también por el Poder Judicial de la Federación.

Los derechos fundamentales no son patrimonio del derecho público.³³ La transdisciplinariedad del derecho es el único mecanismo que en la actualidad permite su efectividad porque lo hace objetivo. Lo anterior significa que las normas de derecho privado y las normas de derecho público se complementan y entrelazan de tal forma que las anteriores normas de derecho privado están presentes en el derecho constitucional, pero con otro contenido, alejado de la estricta autonomía de la voluntad, y de la autocracia parental; por otra parte, surgen nuevos derechos constitucionales que, habiendo podido identificarse como derechos civiles, de la persona o de la familia, tienen una categoría superior de protección en el ámbito constitucional.

La internacionalización del derecho privado coadyuva a la constitucionalización del derecho civil en cuanto se muestra la abundancia de tratados, convenciones y declaraciones que asumen reglas y criterios para resolver relaciones entre particulares. Esto es particularmente relevante en lo referido a la protección de los derechos de las personas y de las minorías, en las relaciones de familia y en las de la contratación internacional.

La constitucionalización del derecho civil impone el rescate de la persona por encima del patrimonio, aunque éste no se abandona como derecho humano y fundamental. El derecho civil constitucional supone una elevación de rango formal de determinados principios aplicables al ámbito jurídico-privado.

³¹ Compulsar Busch, Christoph, “Fundamental Right and Civil Litigation in Germany: Changing Tides between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg”, en Barsotti, Vittoria (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*. San Marino, Maggioli, 2013, p. 63.

³² Drittwirkung der Grundrechte, expresión alemana que significa “efecto frente a terceros de los derechos fundamentales”; entre varios autores, puede consultarse a Sarazá Jimena, Rafael, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

³³ Roca Trías, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en varios autores, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch, 1993, vol. II, p. 1895.

IV. LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA EN MÉXICO EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Como han señalado diferentes autores, debemos comenzar a producir nuestras propias elaboraciones teóricas, sin por esto perder de vista la necesidad de aplicación directa al ordenamiento jurídico mexicano.³⁴

En relación al derecho de familia, la distinción con el derecho civil no se centra en que el primero pertenece al derecho social y el segundo al derecho privado, el tema superó esa simplicidad, pues todas las disciplinas del derecho protegen en primer lugar a la persona, siendo el artículo 1o. de la Constitución la base de todos los demás derechos, esto es, el principio *pro persona* o el rescate de la dignidad humana en la que se incluye la autonomía de la voluntad subordinada a la dignidad.

La característica de la constitucionalización del derecho familiar en México, al igual que todas las disciplinas, parte del respeto a la dignidad de la persona,³⁵ así como otros derechos fundamentales trascendentales que inician en el derecho civil, pero permean todo el sistema jurídico como el interés superior de la niñez y el derecho a la identidad.

1. *Derecho de familia, concepto y contenido: un cambio paradigmático*

La familia tradicional ha dado paso a una serie de relaciones de convivencia que han cambiado el concepto de familia tradicional.

Algunos autores desarrollan los distintos tipos que denominan nuevas formas de familia.³⁶

En el sistema jurídico mexicano, constitucional y democrático, el derecho familiar es un conjunto de principios y valores procedentes de la Constitución, de los tratados internacionales, así como de las leyes e interpreta-

³⁴ Carbonell, Miguel y Sánchez Gil, Rubén, “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, México, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, núm. 15, 2011, pp. 33-55.

³⁵ El artículo 1o. de la Constitución establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana, base y condición de todos los demás derechos.

³⁶ Oliva Gómez, Eduardo, “El tránsito del concepto del derecho de familia al concepto de derecho de familias o derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, en Llamas Pombo, E. (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 1157.

ciones jurisprudenciales, dirigidos a proteger la estabilidad de la familia y a regular la conducta de sus integrantes entre sí, y también a delimitar las relaciones conyugales, de concubinato y de parentesco, conformadas por un sistema especial de protección de derechos y obligaciones respecto de menores, incapacitados, mujeres y adultos mayores, de bienes materiales e inmateriales, poderes, facultades y deberes entre padres e hijos, consortes y parientes, cuya observancia alcanza el rango de orden público e interés social.³⁷

El concepto de familia puede variar de un Estado a otro, según el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, pero existe un consenso internacional en cuanto a que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad que debe estar protegida por la propia sociedad y el Estado.³⁸

En la actualidad, la familia es el conjunto de personas unidas por un lazo de filiación, adopción, matrimonio, concubinato u otra que tenga por objeto la realización de una comunidad de vida, o bien actos de solidaridad y que pueden o no habitar en el mismo lugar.³⁹ Este concepto, señala la autora de la definición anterior, se adapta a la realidad mexicana. En el contexto actual no hay un solo concepto universal y unívoco de familia, pues su contenido ha cambiado con el tiempo y en el espacio, en México, desde el siglo XX. La denominada familia moderna se integra bajo patrones de conducta que provocan una adaptación a las demandas sociales, donde aparecen familias matrimoniales de carácter monoparental y homoparental, de carácter urbano y rural, entre otros modelos.⁴⁰

La República mexicana se caracteriza por algunas normativas locales en relación a códigos familiares⁴¹ y leyes familiares.⁴²

³⁷ Tesis I.5o.C./J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.

³⁸ *Cfr.* Artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 10 del Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 17 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁹ González Martín, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en Carbonell, Miguel *et al.* (coord.), *Las familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, p. 64.

⁴⁰ González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007, pp. 55-91.

⁴¹ Códigos familiares aparecen en Michoacán, Morelos, San Luis Potosí, Sinaloa, Sonora, Yucatán y Zacatecas.

⁴² Existen leyes familiares en Coahuila de Zaragoza e Hidalgo.

Pero al respecto, es importante valorar si la solución a la constitucionalización del derecho de familia en México se encuentra con la promulgación de nuevos códigos familiares por cada estado.

La respuesta, al entender de la autora de este trabajo, es negativa. El asunto implica un cambio más paradigmático, se necesita trabajar en nuevas instituciones, que en una u otra norma, si se considera preferente al derecho de familia actual para otorgar respuestas a las realidades sociales y jurídicas desfasadas del derecho romano; revisando algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), nos encontramos con nuevas figuras jurídicas que no tienen explicación ni posibilidad de existencia en épocas anteriores, por ejemplo, interés superior del menor,⁴³ derecho a ser oído para decidir sobre guarda y custodia, matrimonio, familia, adopción; comaternidad, identidad y filiación jurídica. En fin, ciertamente todas estas instituciones se merecen un cuerpo legislativo que no coincide con lo que aparece en el Código Civil, pero tampoco con las realidades de los códigos familiares, aún y cuando se reconozca que unos están más avanzados que otros.

El asunto no se resuelve a partir del positivismo jurídico, aunque sus diferentes etapas han sido muy importantes en el desarrollo del derecho en la sociedad,⁴⁴ insisto, a partir de la creación de nuevas leyes con iguales figuras, sino que es imprescindible la transformación de cambios estructurales y paradigmáticos en las instituciones tales como persona, matrimonio, filiación ante las nuevas técnicas de reproducción asistida, divorcio, guarda y custodia, tutela, estado de interdicción. Estas instituciones deben tener un nuevo contenido contrario al que en su momento representó el derecho napoleónico, y deben además ponderarse con derechos fundamentales que rescatan el libre desarrollo de la personalidad, tales como dignidad humana, interés superior del menor, derecho a la identidad, y protección al débil social.

La regla general basada en la concepción de que la familia es una estructura fundamental de la sociedad implica e imbrica con numerosos derechos, no es posible obviar la evolución que ha sufrido el concepto de familia, concepto que no se limita a la tradicional, sino que incluye a las familias monoparentales, extendidas, acorde con esta evolución, el concepto del matrimonio actualmente se entiende como la unión de personas del mismo sexo, como normas que expresan la idea de fortalecer y proteger las diver-

⁴³ Tesis 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, p. 2328.

⁴⁴ Witker Velásquez, Jorge, *Hacia una nueva investigación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2019, pp. 6-10.

sas estructuras familiares que las personas constituyen. En este contexto, es obligación del Estado la protección a la familia y al niño por estar íntimamente relacionados.⁴⁵

2. *La dignidad*

La dignidad ha sido reconocida, en la era de los derechos humanos, como norma y no solamente como valor. Se considera el derecho a la dignidad como principio, base y condición de todos los derechos, toda vez que representa el valor principal de los seres humanos, nadie puede imponer a otro obligaciones que éste no debe asumir, a no ser que ésta sea la única forma de asegurar un derecho básico de otro individuo o de sí mismo.⁴⁶

El derecho a la dignidad aparece principalmente en la Constitución⁴⁷ y otras leyes complementarias como la Ley General de Víctimas que la define como valor, principio y derecho fundamental base, y condición de todos los demás. Implica la comprensión de la persona como titular y sujeto de derechos, y a no ser objeto de violencia o arbitrariedades por parte del Estado o de los particulares.⁴⁸

Las normas se interpretarán de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales, favoreciendo a las personas en la protección más amplia.⁴⁹

En cuanto a la jurisprudencia mexicana, destacamos los principios que se definen en los principales criterios del Poder Judicial:

- a) La dignidad humana constituye una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de las personas y no una simple declaración ética: el Pleno de la Suprema Corte ha sostenido que la

⁴⁵ Beloff, Mary, “Artículo 17. Protección a la familia”, en Steiner, Christian y Uribe, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014, pp. 425 y 426.

⁴⁶ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, p. 628.

⁴⁷ Véase artículo 1 de la Constitución, último párrafo: “Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

⁴⁸ *Cfr.* Artículo 5 de la Ley General de Víctimas, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 9 de enero de 2013. Última reforma publicada el 3 de enero de 2017.

⁴⁹ Reforma al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 10 de junio de 2011.

dignidad humana funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad.⁵⁰

- b) La dignidad humana constituye un derecho fundamental que debe considerarse como un derecho humano a partir del cual se reconocen: la superioridad de las personas frente a las cosas, la paridad entre las personas, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima.⁵¹

V. ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO DE FAMILIA A PARTIR DEL DERECHO A LA IDENTIDAD

El derecho a la identidad es un derecho humano fundamental avalado por tratados internacionales y por la Constitución federal para el desarrollo de toda persona y de toda sociedad que comprende derechos interrelacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad. Como todos los derechos humanos, el derecho a la identidad se deriva de la dignidad inherente al ser humano, y el Estado queda obligado a garantizarlo mediante todos los medios que disponga para hacerlo efectivo, pero el derecho a la identidad no sólo lo constituye la posibilidad de solicitar y recibir datos sobre esta información privada y familiar, sino que a partir de esos derechos se pueden derivar otros distintos, como son los de alimentación, educación, salud y sano esparcimiento.

El derecho a la identidad es un derecho complejo, debido a que, por un lado, presenta un aspecto dinámico cuyo desarrollo se encuentra ligado a la evolución de la personalidad del ser humano, y por el otro, contiene un conjunto de atributos y características que permiten individualizar a cada persona como única, por lo que es un proceso en donde se debe obtener la verdad personal y biográfica del ser humano.

El derecho a la identidad es un derecho de rango constitucional vinculado con los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que

⁵⁰ Tesis 1a./J. 37/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633.

⁵¹ Tesis I.10o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.

se construye a través de múltiples factores psicológicos y sociales, y además comprende derechos alimentarios y sucesorios.⁵²

En cuanto a la protección a la familia, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño obliga a los Estados parte a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidas la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley y sin injerencias ilícitas.⁵³

A pesar que el derecho a la identidad no se encuentre expresamente previsto en la Convención Americana, sí se encuentra protegido a partir de un análisis teleológico de los artículos 17 y 18 en relación con el artículo 1.⁵⁴

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el *caso Gelman vs. Uruguay*, señaló que “el derecho a la identidad puede ser conceptualizado, en general, como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso”.⁵⁵

En este pronunciamiento se coincide con la doctrina, en cuanto considera que la identidad supone no sólo los atributos biológicos sino todo lo referido a la personalidad que ha conformado el sujeto, y que permite su identificación en la sociedad en que se desenvuelve.⁵⁶ Lo anterior implica que en los juicios de desconocimiento de paternidad, por ejemplo, el derecho a la identidad no se agota con sólo saber el origen biológico, sino que incluye el compromiso del Estado de garantizar la preservación de los vínculos familiares.

Sobre el derecho a la identidad de los menores, la SCJN ha pronunciado al respecto que, derivado del artículo 7 de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede establecer que el menor tiene derecho, desde que nace, a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos. El derecho a la identidad de un menor se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad, a cono-

⁵² Tesis 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1034.

⁵³ Artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁴ Corte IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005, párrafo 20.

⁵⁵ Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221, párr. 122.

⁵⁶ *Cfr.* Ghersi, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2004, p. 142.

cer su filiación y origen, y a tener certeza de quién es su progenitor, lo que constituye un principio de orden público.⁵⁷

El derecho a la identidad no tiene el alcance para que la presunción legal de filiación a la identidad del matrimonio deba ceder ante cualquier circunstancia a la realidad biológica, pues la debida protección al menor, en relación con la confianza y pertenencia hacia el cónyuge varón, involucra una pluralidad de derechos y lazos efectivos para su formación.⁵⁸

1. *Interés superior del menor*

El Poder Judicial de la Federación ha reconocido la ambigüedad que puede producirse en la definición del interés superior del menor, por esto se ha pronunciado en las dimensiones en las que el mismo se debe valorar, destacando: el interés superior del menor, formando parte del derecho de familia, se distingue como un derecho esencial o duro dentro de la teoría de los derechos fundamentales.⁵⁹

Como marco jurídico fundamental del interés superior del menor, se destaca en la Constitución mexicana:

Artículo 4o., párrafo noveno: “En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez, garantizando de manera plena sus derechos. Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Este principio deberá guiar el diseño, ejecución, seguimiento y evaluación de las políticas públicas dirigidas a la niñez”.

2. *Marco jurídico internacional y nacional de protección de los derechos del niño*

- a) Declaración Universal de los Derechos Humanos. Todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.⁶⁰

⁵⁷ Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.

⁵⁸ Tesis 1a. XXIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.

⁵⁹ Tesis 1a. CCCLXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 256.

⁶⁰ *Cfr.* Artículo 25.

- b) Convención sobre los Derechos del Niño, 2006. Esta Convención está integrada por 54 artículos cuya finalidad es una protección especial a los niños por su condición natural de vulnerabilidad. De acuerdo a esta Convención serán niños todos los menores de 18 años. Otro de los objetivos de esta Convención es la protección y respeto del principio del interés superior del menor, ya que establece que en todas las medidas concernientes a los niños debe primar el interés superior del menor.⁶¹
- c) Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.⁶² El interés superior de la niñez deberá ser considerado de manera primordial en la toma de decisiones sobre una cuestión debatida que involucre niñas, niños y adolescentes. Cuando se presenten diferentes interpretaciones, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva este principio rector, y ponderar las posibles repercusiones a fin de salvaguardar su interés superior y sus garantías procesales.

El interés superior del menor se proyecta en tres dimensiones:

- 1) Como derecho sustantivo; consideración principal de cuestión debatida.
- 2) Como principio jurídico interpretativo fundamental a favor del interés superior del menor. Ha sostenido el más alto tribunal de México: “En el ámbito interno, el legislador ordinario también ha entendido que el interés superior es un principio que está implícito en la regulación constitucional”.⁶³
- 3) Como norma de procedimiento, deberá incluirse en el proceso de decisión una estimación de las posibles repercusiones. El derecho positivo no puede precisar con exactitud los límites del interés superior del menor para cada supuesto de hecho planteado, son los tribunales los que deciden esa “zona intermedia”. Los criterios relevantes para la determinación en concreto del interés superior del menor, son los siguientes:

⁶¹ *Cfr.* Artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶² Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

⁶³ Tesis 1a. XLVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.

- i) Satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas del menor, espirituales, afectivas y educacionales;
- ii) Atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y
- iii) Mantener, si es posible, el *statu quo* material y espiritual del menor, pues toda alteración del mismo puede atentar en su personalidad y su futuro.⁶⁴

Cuando los juzgadores tengan que decidir una controversia que incide sobre los derechos de un menor, deben tener en cuenta que los niños requieren una protección legal reforzada, y que la única manera de brindarles esa protección, implica tener en cuenta todos sus derechos, así como el rol que juegan en la controversia sometida a su consideración, esto a fin de garantizar su bienestar integral, teniendo presente que sólo se le protege de manera integral, logrando su desarrollo holístico.

3. *¿La constitucionalización del derecho civil permite el contrato de gestación subrogada?*

El principio supremo de la constitucionalización del derecho civil es precisamente recuperar la dignidad de la persona en función de la realización personal, para esto lo principal es considerar no violentar la condición de niño en gestación como un producto patrimonial, ni la dignidad de los padres.

Al respecto, cabe mencionar la Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial. En el capítulo relativo a la evaluación y determinación del interés superior, se fija:

83. Puede haber situaciones en las que factores de “protección” que afectan al niño (que pueden implicar, por ejemplo, limitaciones o restricciones de derechos) hayan de valorarse en relación con medidas de “empoderamiento”.

84. Al evaluar el interés superior del niño, hay que tener presente que sus capacidades evolucionan. Por lo tanto, los responsables de la toma de decisiones deben contemplar medidas que puedan revisarse o ajustarse en consecuencia, en lugar de adoptar decisiones definitivas e irreversibles. Para esto, no sólo deben evaluar las necesidades físicas, emocionales, educativas y

⁶⁴ Tesis 1a./J. 44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 270.

de otra índole en el momento concreto de la decisión, sino que también deben tener en cuenta las posibles hipótesis de desarrollo del niño, y analizarlas a corto y largo plazo.⁶⁵

Por lo anterior, situaciones sobre los factores jurídicos de protecciones tradicionales pueden ponderarse, por ejemplo: edad, madurez del niño y filiación, al crearse nuevos paradigmas.

4. *Estudio de caso sobre la constitucionalización del derecho de familia*⁶⁶

A. *Hechos*

En 1996, H y M contrajeron matrimonio. Después la mujer se sometió a un tratamiento de inseminación artificial utilizando el semen de un donador anónimo. El esposo no se opuso a dicho procedimiento.

En 2008, nació un hijo, producto del tratamiento, quien fue registrado legalmente por el esposo de la señora como padre del menor.

El cónyuge varón promovió juicio de divorcio, y así quedaron declarados judicialmente divorciados.

Después de cierto tiempo, se promueve juicio de impugnación de paternidad por parte de la madre, en representación de la menor, por violación de su derecho a la identidad en un juzgado familiar de la Ciudad de México.

A través del caso se determinará: ¿de qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad del menor, nacido dentro de un matrimonio, que fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga?

B. *Objetivo general*

Determinar si en una inseminación artificial, con gametos masculinos de un donador anónimo, puede utilizarse el derecho a la identidad como sustento para establecer que el infante que nació dentro del matrimonio no

⁶⁵ Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial, Nueva York, 2013, p. 18.

⁶⁶ Amparo directo en revisión 2766/2015, Resolución 12 de julio de 2017, 1a. Sala de la SCJN.

guarda ninguna relación de filiación con su padre no biológico, aun cuando los cónyuges presumiblemente estuvieron de acuerdo en someterse a prácticas de reproducción asistida, tema respecto del cual no existe precedente.

La problemática del asunto o litigio jurídico se centró sobre el desconocimiento de paternidad, que parte de los cuestionamientos siguientes:

- 1) ¿Es el matrimonio entre hombre y mujer suficiente para proteger la filiación de un hijo nacido por aprobación del padre, es decir, con el consentimiento otorgado por el esposo?
- 2) Incorporación jurídica de la voluntad procreacional.

C. *Ámbito litigioso*

En 2012, la señora M promovió juicio ordinario civil sobre desconocimiento de paternidad en contra de su ex esposo en un juzgado familiar de la Ciudad de México.

En la sentencia se declaró improcedente la acción de desconocimiento de paternidad, al considerar que no era el padre biológico del menor, pero había dado su consentimiento para la técnica.

La actora presentó recurso de apelación en la Sala Familiar del Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de México. Por sentencia de 2014, el Tribunal revisor señaló que era improcedente la pretensión, al ir en contra de todos los principios que fueron base para regular en el Código Civil para la Ciudad de México, el uso de métodos de reproducción asistida.

El Tribunal explicó:

- i) Que la litis no se centra en la falta de coincidencia genética, sino en la prueba de la ausencia o irrelevancia de un acuerdo de voluntades, para el uso de las técnicas de reproducción asistida durante la vigencia del vínculo conyugal, y dar vida a un ser humano.
- ii) El menor tiene derecho a su verdadera identidad biológica, a que sea registrado por quienes sean realmente sus padres, y si el progenitor resulta ser un donador anónimo, entonces éste solamente podrá ser sustituido mediante la adopción, y no a través de la simple aceptación para llevar a cabo un procedimiento de inseminación.⁶⁷

⁶⁷ Toca de apelación 1664/2014.

En diciembre de 2014, por su propio derecho y en representación de su menor hijo, la señora M promovió demanda de amparo directo, radicado ante el Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. En los conceptos de violación expresó:

Incongruencia, ya que priva al menor de su derecho a conocer su verdadera identidad o filiación biológica o a que no se le atribuya una que no tiene [...] lo señalado por la Sala responsable en cuanto a la inseminación homóloga o heteróloga es infundado, puesto que la procreación de un niño no puede ser objeto de un contrato o de un acuerdo de voluntades como lo sugiere la responsable.

En la resolución de segunda instancia se destaca:

- a) En la solución de este tipo de asuntos, al lado de la verdad biológica existe otra que no puede ser ignorada: la verdad sociológica, cultural y social que nutre el aspecto evolutivo de la identidad humana.
- b) No puede considerarse la identidad humana como un derecho estático basado en la realidad genética, sino que debe entenderse, progresivamente, como un derecho humano dinámico, alimentado con la interacción de los hijos con sus padres, los demás familiares y la sociedad en general.
- c) En los artículos 324 y 326 del Código Civil para la Ciudad de México, se configura la presunción de ser hijo de ambos cónyuges, al estar el varón impedido para revocar su voluntad de tener un hijo concebido con dichos métodos.

D. *Soluciones al problema jurídico del caso*

La quejosa alega que se sometió a un tratamiento de fecundación *in vitro*, en todo el contenido argumentativo de las instancias, en cada sentencia reclamada y recurrida; pero lo cierto es que, en realidad, fue parte de un procedimiento de inseminación artificial heteróloga, en el que la aceptación de los cónyuges de someterse a dicho tratamiento es de la mayor relevancia jurídica, pues según cómo se haya actualizado esa aceptación, acto voluntario o consentimiento, es como se producirán las consecuencias de derecho.

En este contexto, y vinculado con el caso antes analizado, señalamos brevemente en qué consisten las técnicas de reproducción asistida y su perspectiva en el estado mexicano.

Estado de la cuestión sobre las técnicas de reproducción asistida en México

Los derechos reproductivos aparecen protegidos por la Constitución federal, y se han ratificado en la Conferencia Nacional de Población y Desarrollo de la Organización de las Naciones Unidas, en el Cairo, desde 1994; así como en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer de la misma organización internacional, en Pekín, desde 1995.⁶⁸

En la sentencia del caso, objeto de estudio, se reconoce que dentro de los derechos reproductivos se encuentra la reproducción asistida, que consiste en aplicar técnicas dirigidas a facilitar el nacimiento de un ser vivo, cuando una pareja presenta problemas de fertilidad.⁶⁹ Así que la reproducción asistida alude a la asistencia médica prestada para facilitar la fecundación de la mujer mediante el empleo de técnicas diversas, dando paso a la gestación y posterior nacimiento del hijo.

Dentro de las diversas técnicas se encuentra: la fecundación *in vitro*, la transferencia de embriones, la transferencia intratubárica de gametos, la transferencia intratubárica de embriones, la criopreservación de ovocitos y embriones, la donación de ovocitos y embriones y el útero subrogado.⁷⁰

La fecundación *in vitro* constituye el procedimiento por medio del cual los óvulos de una mujer son removidos de sus ovarios, ellos son entonces fertilizados con espermatozoides en un procedimiento de laboratorio, una vez concluido esto, el óvulo fertilizado (embrión) es devuelto al útero de la mujer. Esta técnica se aplica cuando la infertilidad se debe a la ausencia o bloqueo de las trompas de Falopio de la mujer.⁷¹ Sobre el desarrollo embrionario en la fecundación *in vitro*, existen cinco etapas que duran un total de cinco días, esto implica que el embrión puede ser transferido desde el día dos y hasta el día cinco. A los doce días de la transferencia embrionaria, se sabe si la mujer quedó embarazada a través de marcadores.

En el caso de la inseminación artificial o asistida, ésta consiste en aplicar técnicas tendentes a lograr una fertilización dentro del claustro materno;

⁶⁸ Ramírez Barba, Éctor Jaime y Vázquez Guerrero, Miguel Ángel, “Reproducción asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos”, en García Colorado, Gabriel (coord.), *Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida*, México, Trillas, 2009, pp. 73-81.

⁶⁹ El tema está abordado en ese sentido en Pérez Fuentes, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 129-183.

⁷⁰ Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012, p. 63.

⁷¹ Declaración ante fedatario público del perito Garza (expediente de fondo, t. V, folio 2559) citado en Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros*, *op. cit.*, p. 64.

biológicamente, inseminar significa hacer llegar el semen al óvulo mediante un artificio, sin que exista extracción de óvulos de la mujer, pero sí espermatozoides del hombre, sea éste el cónyuge o un donador externo.⁷²

Existen varias formas o tipos de inseminación; para el caso en cuestión, destaca:

- i) La inseminación artificial homóloga, que se aplica a una mujer que tiene un cónyuge o una pareja, cuando el material genético es de ambos, y existe un consentimiento de la pareja.
- ii) La inseminación artificial heteróloga, que se aplica a una mujer (casada o soltera) que es inseminada con el material genético de un donador anónimo; si es casada, el cónyuge da su autorización, pero no aporta material genético para la fecundación.

El sistema jurídico mexicano no ha integrado en una normatividad integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las técnicas de asistencia reproductiva. La Ley General de Salud establece una penalidad a quien, sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento —si ésta fuere menor o incapaz—, realice en ella inseminación artificial.⁷³

En el ámbito estatal, algunos códigos civiles y familiares del país han incluido cierta normativa sobre el tema de las técnicas de reproducción asistida, y su implicación en el ámbito del estado civil de las personas que han utilizado estos avances científicos, como es el caso de Tabasco, Estado de México, Zacatecas, San Luis Potosí, Sonora y Ciudad de México.

La normativa civil con más uso de la gestación subrogada como término general, desde 1997, es el Código Civil de Tabasco; según mi propio criterio, la mayoría de sus artículos pueden considerarse erráticos y violadores de la dignidad de la persona.⁷⁴

El Código Civil del Estado de México dispone sobre las técnicas de reproducción asistida y el consentimiento de las partes, observándose la

⁷² Mendoza C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011, pp. 48 y 49.

⁷³ Artículo 466 de la Ley General de Salud: “Al que sin consentimiento de una mujer o aún con su consentimiento, si ésta fuere menor o incapaz, realice en ella inseminación artificial, se le aplicará prisión de uno a tres años, si no se produce el embarazo como resultado de la inseminación; si resulta embarazo, se impondrá prisión de dos a ocho años. La mujer casada no podrá otorgar su consentimiento para ser inseminada sin la conformidad de su cónyuge”.

⁷⁴ Código Civil de Tabasco publicado en el *Periódico Oficial* el 9 de abril de 1997; se adicionó un capítulo especial sobre gestación asistida y subrogada, mediante reforma publicada el 13 de enero de 2016. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

prohibición de la maternidad o gestación subrogada, toda vez que prevé solamente la reproducción asistida a través de métodos de inseminación artificial, cuyo consentimiento debe otorgarse judicialmente.⁷⁵

El Código Familiar de Zacatecas, por su parte, sobre las técnicas de reproducción asistida establece que no se podrá desconocer la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge mediante técnicas de reproducción asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.⁷⁶

En cuanto a códigos familiares, es de destacar el de San Luis Potosí,⁷⁷ que dedica un apartado a la filiación resultante de la fecundación humana asistida, en donde reconoce que las técnicas de reproducción asistida que podrán practicarse serán: 1) Transferencia intratubárica de cigoto o tubárica de embriones, consistente en la colocación de los embriones en la matriz de la mujer, utilizando material quirúrgico; 2) Fertilización *in vitro*, método en el que los espermatozoides previamente preparados y seleccionados son depositados en una caja de vidrio que contiene un medio de cultivo especial, y 3) Fertilización ICSI, que se utiliza cuando los espermatozoides son muy pocos, o su capacidad de fertilización está disminuida.

Además, considera inexistente la maternidad sustituta, y por lo mismo no producirá efecto legal alguno. Si un embrión fuese implantado en una mujer distinta a la cónyuge o concubina, la maternidad se le atribuirá a la primera.⁷⁸

El Código Familiar para el Estado de Sonora también dedica parte de su articulado a las técnicas de reproducción asistida, considerando como causal de divorcio, si uno de los cónyuges se somete a métodos de reproducción asistida con material genético de terceros, sin consentimiento del otro.⁷⁹

El estudio normativo principal para efectos del caso que se analiza, sobre técnicas de reproducción asistida, lo centramos en el Código Civil para el Distrito Federal, actualmente Ciudad de México, en donde se destacan:

⁷⁵ Véase artículos 4.111 a 4.116 del Código Civil del Estado de México, publicado en el *Periódico Oficial* el 7 de junio de 2002. Última reforma publicada el 1o. de agosto de 2019.

⁷⁶ *Cfr.* Artículo 290 del Código Civil de Zacatecas, publicado en el *Periódico Oficial* el 7 de octubre de 1986. Última reforma publicada el 24 de agosto de 2019.

⁷⁷ *Cfr.* Artículo 238 del Código Familiar de San Luis Potosí publicado en el *Periódico Oficial* el 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada el 20 de mayo de 2019.

⁷⁸ Véase artículo 243 del Código Familiar de San Luis Potosí.

⁷⁹ *Cfr.* Artículo 156, fracción XV, del Código de Familiar de Sonora, vigente a partir del 1o. de abril de 2011. Última reforma publicada el 21 de enero de 2019.

- i) Los cónyuges tienen derecho a decidir de manera libre, informada y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, así como emplear, en los términos que señala la ley, cualquier método de reproducción asistida, para lograr su propia descendencia. Este derecho será ejercido de común acuerdo por los cónyuges.⁸⁰
- ii) Se da parentesco por consanguinidad entre el hijo producto de reproducción asistida y el hombre y la mujer, o sólo ésta, que hayan procurado el nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora. Fuera de este caso, la donación de células germinales no genera parentesco entre el donante y el hijo producto de la reproducción asistida.⁸¹
- iii) No podrá impugnarse la paternidad de los hijos que durante el matrimonio conciba su cónyuge, mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.⁸²
- iv) Las cuestiones relativas a la paternidad del hijo nacido después de trescientos días de la disolución del matrimonio, podrán promoverse, de conformidad con lo previsto en este código, en cualquier tiempo por la persona a quien perjudique la filiación; pero esta acción no prosperará, si el cónyuge consintió expresamente en el uso de los métodos de fecundación asistida a su cónyuge.⁸³

El estado de arte sobre la cuestión, en el derecho nacional, evidencia que en los estados de San Luis Potosí y Tabasco se contemplan los diferentes tipos de reproducción asistida, pues en el resto de las entidades federativas la regulación no es específica en individualizar cada proceso; no obstante, destaca que siempre se legisló sobre la permisión de que tanto cónyuges como concubinos puedan someterse a dichos tratamientos, teniendo como punto de partida —siempre— el elemento relativo a la voluntad que deben otorgar las personas que deseen someterse a las técnicas de reproducción asistida.

El Código Civil para el Distrito Federal, actual Ciudad de México, tampoco contempla las diferencias que existen entre las distintas técnicas de reproducción asistida, sólo se refiere a ellas de manera tangencial, incidental e indirecta. Dentro de este vacío normativo, no existe una regla especial que

⁸⁰ *Cfr.* Artículo 162, segundo párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal, publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada el 18 de julio de 2018.

⁸¹ *Cfr.* Artículo 293, segundo párrafo, del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸² *Cfr.* Artículo 326 del Código Civil para el Distrito Federal.

⁸³ *Cfr.* Artículo 329 del Código Civil para el Distrito Federal.

establezca los requisitos que deberán de cumplirse para el acceso a las mismas; sin embargo, sí se regula una cuestión fundamental, ésta es la relativa a que entre el menor que nazca bajo esos métodos y los sujetos que dieron su voluntad para su concepción, surgirá un parentesco igual a aquel que surge por consanguinidad.

E. *Problemática jurídica*

¿De qué forma se respeta, en un juicio por desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad del menor nacido dentro de un matrimonio, que fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga? En los derechos reproductivos —en especial, en el empleo de un tratamiento por inseminación artificial—, el derecho a la identidad, protegido por el artículo 4o. constitucional, se reconoce con una doble connotación:

- i) Respecto de las consecuencias jurídicas que surgen por quienes se someten a esos tratamientos (los padres). Al analizar un tratamiento por inseminación artificial heteróloga, como técnica a través de la cual las personas, tanto en lo individual como en pareja, pueden ejercer su derecho a formar una familia, debe determinarse en qué dimensión se encuentran, en cuanto a las personas participantes.
- ii) En relación con el impacto que se produce en los hijos nacidos bajo esas técnicas. ¿Existió o no consentimiento de la persona que no aportó material genético? Éste será el elemento primordial para integrar la filiación de un hijo nacido bajo esa técnica de reproducción asistida.

a. Principio de proporcionalidad

El derecho a la identidad y la filiación constituyen derechos del menor, y no una facultad de los padres, y si bien la tendencia es que la filiación jurídica coincida con la filiación biológica, esto no siempre es posible.

Si bien es cierto que en esos procedimientos se cuestiona el origen biológico, en determinadas circunstancias no se tiene que agotar con tal elemento, pues también existen otros a considerar, como la preservación en beneficio del menor de vínculos familiares, esto cuando no hay coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica.⁸⁴

⁸⁴ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 151.

El derecho a la identidad tiene que adaptarse a las circunstancias del caso concreto, ya que puede interactuar con otros derechos, como el de la protección a la familia o el propio interés superior del menor, todos protegidos por el Estado.⁸⁵

Si bien se ha reconocido como uno de los elementos o componentes del derecho a la identidad, el derecho de la persona física (en el caso, del menor) a conocer su origen biológico; tal argumento no puede ser acogido en la especie como determinante para la solución del problema jurídico que se plantea.

b. Ponderación en stricto sensu

El consentimiento informado de los cónyuges para someterse a una inseminación artificial heteróloga o la incorporación jurisprudencial del concepto de voluntad procreacional es la que determinará la filiación del menor. La voluntad consensuada de ambos es la que prima para ejercer su derecho a decidir de manera libre, responsable e informada, sobre el número y el espaciamiento de sus hijos, esto a pesar de que entre el cónyuge varón y el menor no existan lazos genéticos.

A este consentimiento del padre se le conoce como voluntad procreacional, que no es más que el deseo de asumir a un hijo como propio, aunque biológicamente no lo sea.⁸⁶

F. Resolución

La Primera Sala consideró que en la inseminación artificial heteróloga, la voluntad procreacional es uno de los factores determinantes para la constitución del vínculo filial del menor, nacido bajo ese tratamiento, con el cónyuge o concubino varón, y para que éste jurídicamente quede vinculado a todas las consecuencias de derecho de una auténtica relación paterno-filial; es decir, para que el cónyuge varón asuma las responsabilidades derivadas de la filiación; voluntad que se protege bajo el amparo del artículo 4o. constitucional, y que se obtiene de la interpretación funcional de los artículos 162, 293, 326 y 329 del Código Civil para la Ciudad de México.

No asiste razón a la señora M, porque en el caso analizado, la filiación no se determina por la verdad biológica, sino por la voluntad expresada por

⁸⁵ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 114.

⁸⁶ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 143.

ambos cónyuges para someterse a un proceso de inseminación artificial heteróloga, lo que acarrea una filiación indisoluble entre el niño producto de ese tratamiento y el cónyuge varón que asumió esa paternidad, a través de la manifestación de la voluntad procreacional de este último.

La recurrente propone una interpretación errónea e incompleta de la forma en que puede surgir la filiación entre padre e hijo, pues la reduce a la existencia de un lazo biológico o bien a la celebración de un acto jurídico de adopción; sin embargo, se ha visto que en el caso del hijo nacido dentro de matrimonio o concubinato con el consentimiento de la pareja, mediante una inseminación artificial heteróloga, la existencia de una liga biológica es innecesaria para el reconocimiento legal de la relación paterno-filial, pues en este caso, la realidad biológica cede o se torna irrelevante para establecer la filiación.

En la resolución se determinó que el menor nacido bajo un procedimiento de inseminación artificial heteróloga pueda conocer la identidad del donador, depende de los términos en que se hubiere efectuado la donación, y no de que se desconozca el vínculo filial con el demandado, y por lo tanto, no debe confundirse la impugnación de la filiación con el derecho a conocer el origen biológico; si el menor quisiera hacer valer algún derecho frente al donador, derivado del nexo genético, esto sería materia de una *litis* distinta a la de desconocimiento de paternidad.⁸⁷

El respeto del derecho a la identidad del menor, quien fue producto de un proceso de inseminación artificial heteróloga dentro de un matrimonio, se observa con la conservación de la filiación del padre, quien otorgó su voluntad procreacional para que la madre se sometiera a dicho tratamiento.

Con esta conclusión se protege, en su doble connotación, el derecho contenido en el artículo 4o. constitucional; primero, porque se salvaguarda la identidad del niño y se preserva el mandato constitucional y convencional de respetar su interés superior, al preservar su relación familiar y la satisfacción de sus derechos fundamentales, derivada de la prevalencia de las consecuencias legales inherentes a la filiación; y segundo, porque con la conservación de la filiación se garantizan otros derechos involucrados desde la perspectiva de los sujetos que fueron parte de un proceso de inseminación artificial heteróloga, como son la integridad personal, la libertad personal y la vida privada y familiar.⁸⁸

Lo cierto es que no existe una regulación específica en cuanto a la forma acerca de cómo se debe expresar esa voluntad, así lo reconoce en su re-

⁸⁷ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 166.

⁸⁸ Amparo directo en revisión 2766/2015, párrafo 171.

solución la SCJN. Por interpretación teleológica, considera la voluntad procreacional, amparada en el artículo 1803 del Código Civil para la Ciudad de México, y de nuevo en este punto se presenta una contradicción, porque dicho artículo pertenece al capítulo de contratos.

En lo que sí coincidimos, es que el niño concebido por técnicas de reproducción asistida es hijo legítimo de los dos, y ninguno tiene derecho de impugnar la paternidad, ya que ambos consintieron su procreación y nacimiento dentro de la vigencia del vínculo, y no se entiende por qué alejarse de los artículos antes mencionados en la parte de filiación de los códigos de varios estados, donde existe un pronunciamiento absoluto que, una vez autorizado, no procede al desconocimiento de la paternidad.⁸⁹

G. Reflexiones finales sobre el estudio del caso

El papel que el derecho a la identidad juega en los juicios de desconocimiento de paternidad es, en principio, un derecho de los menores, y no una facultad de los padres. El cuestionamiento del origen biológico no es el único elemento por considerar, pues la preservación del beneficio del menor es lo fundamental, cuando no exista coincidencia entre el origen biológico y la filiación jurídica.

En caso de ponderación *stricto sensu*, el derecho a la identidad tiene que fortalecer la dignidad del infante a través de la protección de la familia para garantizar el propio interés superior del menor; en tanto la identidad, si es cierto que no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia vital durante este periodo de vida.

Se estima más acertado cuando la Primera Sala reconoce la falta de normativa idónea para reconocer la voluntad procreacional, considerando la opción de que el operador jurídico pueda concluir que la prueba ideal para acreditar la voluntad procreacional sea el documento donde conste la expresión de los cónyuges para someterse a ese tratamiento, expedido previamente al sometimiento de la técnica de reproducción asistida. Acepto esta opción, siempre y cuando no exista un contrato en esta técnica médica.

⁸⁹ El artículo 326 del Código Civil para la Ciudad de México señalado, y que establece que únicamente puede impugnar la paternidad el cónyuge varón cuando el nacimiento se le haya ocultado o demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos días anteriores al nacimiento, o bien, cuando no haya consentido alguna técnica de reproducción asistida; en consecuencia, la madre no puede impugnar la paternidad, en caso de que el padre haya consentido una reproducción asistida.

El nuevo paradigma, creado en estas circunstancias, se sostiene por el hecho de que, en los juicios de desconocimiento de paternidad, el derecho a la identidad, que involucra el conocimiento del origen biológico, no se agota con el conocimiento de esto último, pues también abarca el derecho a garantizar a los menores la preservación de los vínculos familiares.

De modo que cuando una prueba sea el documento donde conste la expresión de la voluntad de los cónyuges para someterse a una técnica de reproducción asistida, la Primera Sala considera que esto no puede ser el único medio de convicción a partir del cual se pueda determinar si existió consentimiento para la realización de ese tratamiento, pues tal conclusión puede obtenerse a partir de los diferentes medios de convicción que se encuentren en el juicio.

VI. CONCLUSIONES

La existencia y formación del derecho de familia es un fenómeno sociojurídico que ha sido conformado en varias etapas de la sociedad mexicana, a diferencia de países europeos y latinoamericanos, con la existencia de leyes especiales a principios del siglo XX.

El derecho de familia, en México, logró cierta autonomía dentro del derecho civil no sólo legislativamente o dentro de la teoría del positivismo, sino con un método de política jurídica que transformó el contenido de ciertas instituciones familiares como el divorcio, y la creación de otras nuevas relaciones como el concubinato.

La incorporación de la protección de las personas más débiles sobre la autonomía de la voluntad, a principios del siglo XX, marcó en el derecho civil y el derecho familiar en ciernes, una protección social que sólo fue superada por la creación de la teoría de los derechos humanos a mediados del siglo anterior.

La protección de la teoría de los derechos humanos, a través de la constitucionalización de algunas instituciones tradicionales del derecho civil, otorga un nuevo contenido al derecho familiar, no de corte legislativo, sino doctrinal y jurisprudencial. No se puede negar que la noción de la persona y su cualidad en el mundo del derecho implica el libre desarrollo de la personalidad que, a su vez, se reconoce también como el conjunto de manifestaciones físicas y psíquicas del ser humano, y de su individualidad como forma idónea para tutelar la dignidad humana dentro de la esfera jurídica.

La incorporación del principio *pro persona* al artículo 1o. —en la reforma constitucional de 2011— y la presencia de algunos otros principios, como el interés superior del menor, consolidan este cambio diferencial que exis-

te en México, no sólo legislativamente desde principios del siglo XX, sino también con la promulgación del Código Civil de 1928 —y que fue influyendo en los códigos civiles estatales de los 32 estados del país—, ya que constituyen cambios paradigmáticos —tanto legislativos como jurisprudenciales— que van conformando una doctrina propia de nuestro tiempo; en donde el derecho civil —de carácter patriarcal romano— ha dado paso al interés superior de la niñez, en cualquier circunstancia, en el nacimiento de un constitucionalizado derecho de familia.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- BELOFF, Mary, “Artículo 17. Protección a la familia”, en STEINER, Christian y URIBE, Patricia (coords.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, SCJN-Konrad Adenauer Stiftung, 2014.
- BRENA SESMA, Ingrid, “La libertad testamentaria en el Código Civil de 1884”, en varios autores, *Un siglo de derecho civil mexicano. Memoria del II Coloquio Nacional de Derecho Civil*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
- CARBONELL, Miguel y SÁNCHEZ GIL, Rubén, “¿Qué es la constitucionalización del derecho?”, *Quid Iuris*, México, Tribunal Electoral Estatal del Estado de Chihuahua, núm. 15, 2011.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Héctor Manuel, “El Código Civil Federal (origen, fundamento y constitucionalidad)”, *Revista Mexicana de Derecho*, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, núm. 10, 2008.
- CASTÁN VÁZQUEZ, José María, “La influencia de García Goyena en las codificaciones americanas”, en varios autores, *Homenaje al profesor Juan Roca*, Murcia, Universidad de Murcia, 1989.
- Comité de los Derechos del Niño, Observación General Número 14 sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial, Nueva York, 2013.
- COMPULSAR BUSCH, Christoph, “Fundamental Right and Civil Litigation in Germany: Changing Tides between Karlsruhe, Luxembourg and Strasbourg”, en BARSOTTI, Vittoria (a cura di), *La Costituzione come fonte direttamente applicabile dal giudice*. San Marino, Maggioni, 2013.
- CRUZ BARNEY, Óscar, “La codificación civil en México, aspectos generales”, en *id. et al.*, *Código Civil para el Gobierno Interior del Estado de los Zacatecas de 1o. de diciembre de 1829*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

- GARCÍA TÉLLEZ, Ignacio, *Motivos, colaboración y concordancia del nuevo Código Civil mexicano*, 2a. ed., México, Porrúa, 1965.
- GHERSI, Carlos, *Derechos fundamentales de la persona humana*, Buenos Aires, La Ley, 2004.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Un acercamiento a las nuevas estructuras familiares”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria y RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM-Porrúa, 2007.
- GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Modelos familiares ante el nuevo orden jurídico: una aproximación casuística”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coord.), *Las familias en el siglo XXI, una mirada desde el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.
- ICAZA DUFOUR, Francisco de, “Breve reseña de la legislación civil en México, desde la época precortesiana hasta 1854”, *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, México, Departamento de Derecho, núm. 4, 1972.
- MENDOZA C., Héctor A., *La reproducción humana asistida. Un análisis desde la perspectiva biojurídica*, México, Fontamara, 2011.
- OLIVA GÓMEZ, Eduardo, “El tránsito del concepto del derecho de familia al concepto de derecho de familias o derechos de las familias. Su construcción jurídica y cultural en el siglo XXI”, en LLAMAS POMBO, E. (coord.), *Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.*, *La maternidad subrogada*, México, Tirant lo Blanch, 2017.
- PERLINGEIRI, Pietro, *El derecho civil en la legalidad constitucional según el sistema ítalo-comunitario de las fuentes*, trad. Agustín Luna Serrano *et al.*, Madrid, Dykinson, 2008.
- RAMÍREZ BARBA, Éctor Jaime y VÁZQUEZ GUERRERO, Miguel Ángel, “Reproducción asistida. Aspectos médicos, científicos, técnicos y bioéticos”, en GARCÍA COLORADO, Gabriel (coord.), *Normativa en bioética, derechos humanos, salud y vida*, México, Trillas, 2009.
- ROCA TRÍAS, Encarna, “Metodología para un enfoque constitucional del derecho de la persona”, en varios autores, *Estudios de derecho civil en homenaje al profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, Barcelona, Bosch, 1993, vol. II.
- SARAZÁ JIMENA, Rafael, *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

TARELLO, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna*, Bologna, II Mulino, 1976.

WITKER VELÁSQUEZ, Jorge, *Hacia una nueva investigación jurídica*, México, UNAM-Porrúa, 2019.

1. *Legislación*

Código Civil de Tabasco, *Periódico Oficial*, 9 de abril de 1997. Se adicionó un capítulo especial sobre gestación asistida y subrogada, mediante reforma publicada el 13 de enero de 2016. Última reforma publicada el 18 de mayo de 2019.

Código Civil de Zacatecas, *Periódico Oficial*, 7 de octubre de 1986. Última reforma publicada el 24 de agosto de 2019.

Código Civil del Distrito Federal, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo de 1928. Última reforma publicada en la *Gaceta Oficial de la Ciudad de México* el 18 de julio de 2018.

Código Civil del Estado de México, *Periódico Oficial*, 7 de junio de 2002. Última reforma publicada el 10 de agosto de 2019.

Código Civil Federal, Última reforma publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 3 de junio de 2019.

Código Civil para el Estado de Nuevo León, *Periódico Oficial*, 6 de julio de 1935. Última reforma publicada el 31 de diciembre de 2018.

Código Familiar de Sonora, vigente a partir del 10 de abril de 2011. Última reforma publicada el 21 de enero de 2019.

Código Familiar de San Luis Potosí, *Periódico Oficial*, 18 de diciembre de 2008. Última reforma publicada el 20 de mayo de 2019.

Ley de Relaciones Familiares de 1917.

Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, *Diario Oficial de la Federación*, 4 de diciembre de 2014. Última reforma publicada el 17 de octubre de 2019.

Ley General de Víctimas, *Diario Oficial de la Federación*, 9 de enero de 2013. Última reforma publicada el 3 de enero de 2017.

2. *Jurisprudencia*

Amparo directo en revisión 2766/2015, Resolución 12 de julio de 2017, 1a. Sala de la SCJN.

- Corte IDH, *Caso Artavia Murillo y otros (fecundación in vitro) vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 28 de noviembre de 2012.
- Corte IDH, *Caso de las hermanas Serrano Cruz vs. El Salvador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de marzo del 2005.
- Corte IDH, *Caso Gelman vs. Uruguay*. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011, serie C, núm. 221.
- Tesis aislada P. LXXVII/95, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. II, octubre de 1995.
- Tesis de jurisprudencia 1a./J. 37/2016, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. II, agosto de 2016, p. 633.
- Tesis de jurisprudencia 1a./J. 44/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, junio de 2014, p. 270.
- Tesis de jurisprudencia 2a./J. 113/2019, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, agosto de 2019, p. 2328.
- Tesis de jurisprudencia I.5o.C. J/11, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, marzo de 2011, p. 2133.
- Tesis 1a. CCCLXXIX/2015, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, diciembre de 2015, p. 256.
- Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.
- Tesis 1a. CXVI/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIV, septiembre de 2011, p. 1034.
- Tesis 1a. XLVII/2011, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 310.
- Tesis 1a. XXIV/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. I, febrero de 2014, p. 649.
- Tesis I.10o.A.1 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.
- Tesis P./J. 12/93, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, núm. 71, noviembre de 1993.

CAPÍTULO SÉPTIMO

LA RESPUESTA DE LOS ORDENAMIENTOS JURÍDICOS, QUE PROHÍBEN LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN, A LAS DEMANDAS DE INSCRIPCIÓN DE LOS HIJOS DE NACIONALES NACIDOS EN EL EXTRANJERO. EL CASO ESPAÑOL

Susana QUICIOS MOLINA

SUMARIO: I. Últimas noticias sobre el dilema que plantea la ineludible realidad de la gestación por sustitución en países que la prohíben, como España. II. Influencia de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. De Mennesson (2014) a Mennesson (2019). III. La práctica registral española favorable a la inscripción de la filiación, a pesar de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014. Instrucciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 2010 y 2019. IV. Reglas sustantivas del ordenamiento español aplicables a la determinación de la filiación derivada de un contrato de gestación subrogada. V. Decisiones judiciales sobre adopción de los nacidos, mediante gestación subrogada, por el cónyuge o pareja del inscrito como padre. VI. Bibliografía.

I. ÚLTIMAS NOTICIAS SOBRE EL DILEMA QUE PLANTEA LA INELUDIBLE REALIDAD DE LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN EN PAÍSES QUE LA PROHÍBEN, COMO ESPAÑA

En España, es nulo el contrato de gestación por sustitución, y la mujer que da a luz se considera madre del nacido, pudiendo ejercerse una acción de determinación de la paternidad para que quede establecida la filiación del varón que biológicamente es progenitor (que puede ser una de las partes del contrato, celebrado entre la mujer que accede a gestar un hijo para entregarlo al o los comitentes del servicio). Esta es, resumida, la regulación contenida

en el artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (en adelante, LTRHA).¹ ¿Con esta regulación se puede admitir, en España, la inscripción de los que, nacionales españoles, consideran sus hijos, porque han sido queridos como tales, en un contrato de gestación subrogada celebrado en un país que lo permite, renunciando la madre gestante a toda relación con el nacido? De acuerdo con las informaciones obtenidas de asociaciones españolas que defienden la gestación subrogada, en 2017 se inscribieron 1400 niños nacidos, recurriendo los padres a esta técnica de reproducción asistida en el extranjero: más inscripciones, antes que recurrir a la adopción internacional.²

Estas inscripciones son posibles, a pesar de lo dispuesto por el artículo 10, LTRHA, porque desde 2009 la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, DGRN), órgano gubernativo encargado de decidir sobre las inscripciones en el Registro Civil español de todos los nacimientos de nacionales españoles, interpreta que, en interés del menor, es inscribible el título extranjero en que consta la filiación querida por los comitentes con determinados requisitos. Esta interpretación, sustentada en una doctrina registral pulida en 2010 en una Instrucción que sigue vigente, es muy discu-

¹ Se trató de legalizar, registralmente, la situación de los nacidos en el extranjero gracias a esta técnica de reproducción asistida en las reformas de 2015, concretamente por el Proyecto de la Ley 19/2015, sin modificar el artículo 10, LTRHA, pero finalmente no se aprobó esta propuesta que pretendía incluirse en el artículo 44, LRC/2011 (calificada por Verdera Server, 2016a: 195, como compleja): “En los casos de nacimiento fuera de España, cuyo régimen de filiación esté sujeto a la legislación extranjera, se consignará en todo caso la filiación materna correspondiente a la madre gestante, siendo necesaria para hacer constar la filiación paterna no matrimonial la declaración conforme del padre y de la madre sobre dicha filiación; si la madre estuviera casada, y la legislación extranjera lo exigiera, se precisará la conformidad del marido respecto de tal filiación. En cualquier otro caso, para la inscripción en el Registro Civil de la filiación del nacido será necesario que haya sido declarada en una resolución judicial reconocida en España mediante un procedimiento de *exequatur*”.

² En España, la adopción internacional ha dejado de ser una opción atractiva para quienes desean ser padres. Hemos pasado de los 1191 menores adoptados en 2013, a los 531 menores adoptados en 2017 (últimos datos estadísticos sobre adopciones internacionales en España publicados por el Ministerio de Sanidad, Consumo y Bienestar Social). En 2014 se bajó a 824, en 2015, a 799; en 2016, a 567. Esta tendencia a la baja comenzó antes (en 2010 se tramitaron 2891 adopciones internacionales; en 2011, 2573; en 2012, 1669). El Ministerio de Sanidad español destaca esta tendencia descendente: únicamente Cataluña y Madrid superaron la cifra de 100 menores adoptados, siguiéndoles Galicia con 56 adopciones internacionales constituidas; el número de nuevos ofrecimientos descendió un 40%, y al 31 de diciembre de 2017 había 3568 expedientes pendientes de la asignación de un menor (véase BDEPI2017, p. 92; y el desglose en tabla AI-18 y gráfico AI-23 —BDEPI2017, p. 119—). Entre otras causas, creo que ha influido la permisividad con que la DGRN admite, desde 2009, la inscripción de la filiación de los comitentes en contratos de gestación por sustitución celebrados en el extranjero (pues en España los contratos son nulos, *ex* artículo 10, LTRHA).

tida, y de hecho la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo ha mantenido una interpretación distinta en el único caso que se sometió a su consideración. En febrero de 2019 asistimos a una sucesión de instrucciones de la DGRN que no hicieron más que encender más el debate, si cabe. En este trabajo pretendo profundizar en el problema real que ahora mismo está sobre la mesa, que es el de la filiación de los nacidos como consecuencia de esta técnica de reproducción asistida, cuando nacionales españoles celebran un contrato de gestación por sustitución en el extranjero. No me interesa una posible regulación permisiva en nuestro país, que desde luego no está en la agenda política.³ Esa realidad en la que ahondaré ha sido muy trabajada en España, tanto por especialistas de Derecho Internacional Privado como por civilistas (y también laboristas, por las repercusiones asistenciales que tiene la gestación por sustitución), normalmente desde posiciones diversas.⁴

Para exponer mis conclusiones sobre esta problemática voy a utilizar exclusivamente herramientas del derecho positivo de filiación, procurando evitar consideraciones morales,⁵ y cerrando los ojos a las irresolubles cuestiones que plantea un contrato como el celebrado.⁶ No entro en la polémica

³ Sobre los reparos de todo tipo que pueden ponerse a esta regulación, me remito a Vaquero Pinto (2018) y González Carrasco (2017). Últimamente, y entre otros, abogan por una regulación Farnós Amorós (2017: 225-231) y Navarro Michel (2018). Ha articulado varias propuestas legales Vela Sánchez (2012: 128-132; 2015: 241-255).

⁴ Señalaba Barber Cárcamo (2012: 2939) que la práctica totalidad de la doctrina civilista consideraba contrario al orden público español el contrato de gestación por sustitución, con argumentos de dignidad de la persona, indisponibilidad del estado civil, coherencia con el derecho de filiación y límites a la autonomía privada contractual, mientras que una parte de la doctrina de Dipr trataba de facilitar el reconocimiento en España de situaciones jurídicas surgidas al amparo de ordenamientos foráneos, discutiendo que esto pudiera afectar al orden público.

⁵ Me he referido en extenso a estas cuestiones, y a los reparos éticos que pueden hacerse a la gestación por sustitución, en Quicios Molina (2019). El debate ideológico es enconado. Como botón de muestra, compárense los distintos acercamientos al tema de Lamm (2018), rebatiendo los argumentos en contra del feminismo opuesto a la gestación por sustitución, y Palop (2018), filósofa del derecho representante de esta corriente en el feminismo. En la misma obra, otra filósofa del derecho enfatiza la autonomía reproductiva de la mujer a la vez que minimiza el valor de la gestación, en pos de la satisfacción del deseo de reproducción de los comitentes del contrato (Igareda: 2018). Lamm lleva tiempo predicando una defensa acérrima de la gestación por sustitución (por ejemplo, 2012), donde cita el Génesis como origen de esta práctica (esta cita la emplean otros autores, como García Alguacil, 2016, nota 1). Sobre los dilemas morales, jurídicos y sociales de la maternidad subrogada, véase también Pérez Fuentes/Cantoral Domínguez/Rodríguez Collado (2017: 42 y ss.).

⁶ Estamos ante un contrato que por su objeto y causa no encaja en los esquemas que conocemos, y ninguna solución satisfará mínimamente todos los intereses en juego. En el objeto y la causa de este contrato reside toda su complejidad, pues se instrumentaliza y patrimonializa (sea oneroso o gratuito el contrato, si es que esta segunda calificación puede

sobre si está o no prohibido el contrato en España, pues me parece evidente que esta técnica de reproducción asistida no podría realizarse sin sanción en nuestro país.⁷

La realidad social de la que hay que partir es ineludible, tanto en España como en otros países, donde también se considera nulo el contrato, se admite la inscripción de la filiación querida por quienes celebran dicho contrato —en particular, Francia—.⁸ Las empresas que ofrecen en España servicios combinados de asesoramiento y facilitación de la gestación subrogada en los países donde se permite (y que no quieren ser llamadas agencias intermediarias) han hecho posible que ciudadanos españoles acudan a estos países para satisfacer su deseo de ser padres mediante gestación subrogada, y mientras este mercado exista, prosperará la demanda de inscribir como nacionales españoles a los nacidos de una gestación por sustitución. A finales del verano de 2019, el Ministerio de Justicia español, encabezado por la ministra en funciones Ma. Dolores Delgado, ha pedido a la Fiscalía investigar a las agencias de “vientres de alquiler” que operan en España. Concretamente, según las últimas noticias publicadas en los periódicos, la Fiscalía de la Audiencia Nacional investigará la actividad de una agencia de gestación subrogada ucraniana, que ofrece sus servicios en España, con el argumento de que en determinadas agencias se lucra con una actividad prohibida por nuestro ordenamiento jurídico, pudiendo incurrir en los delitos de tráfico de menores, organización criminal, blanqueo de capitales o falsedad documental. Las voces de asociaciones partidarias de la gestación

darse realmente) un atributo personalísimo de la mujer como es su capacidad de gestación de la vida humana. Entra en el comercio de los hombres esta capacidad de gestación, perciba o no la mujer un precio a cambio de su comportamiento (¿servicio?, ¿obra?, ¿cesión de útero?), pues en todo caso se recompensará y no parece imaginable que se dé esta situación sin agencias de mediación que, indudablemente, cobran por sus servicios (salvo en los casos en que la gestación es absolutamente excepcional, y sólo se admite con gestantes que tengan vínculos afectivos con los comitentes).

⁷ De gran predicamento entre los partidarios de la gestación por sustitución es la tesis del filósofo del derecho Atienza (2017). Civilistas reconocidos, sin embargo, oponen argumentos de peso a esta tesis (Barber, 2012: 2919); frontalmente opuesto a esta práctica, Arechederra (2018). Sobre dignidad y maternidad subrogada, desde una perspectiva constitucional, véase Balaguer (2017).

⁸ Es muy interesante la discusión que tiene en vilo a los franceses en relación con la nueva ley de bioética que se está tramitando en el país y su tratamiento de la *gestation pour autrui* (GPA), ley que pretende reconocer la filiación que consta en certificaciones extranjeras, pero mantener la nulidad del contrato celebrado en Francia (como artículo divulgativo me ha gustado leer “GPA: du nouveau, que va changer (o upas) la loi de bioéthique”, disponible en <https://www.linternaute.com/actualite/guide-vie-quotidienne/1400134-gpa-que-va-changer-ou-pas-la-loi-de-bioethique/> —consultado el 10 de octubre de 2019—).

por sustitución, como *Son nuestros hijos*, no se han hecho esperar, en contra de lo que consideran una nueva ofensiva del Gobierno español, y han enfatizado que no se trata de una práctica prohibida, pues que el contrato sea nulo, según nuestra legislación, no significa que la práctica esté prohibida en España.⁹

El recurso de ciudadanos españoles a la gestación por sustitución que se practica en Ucrania (más barata que la que pueden conseguir en Estados Unidos o Canadá, y con muchas menos garantías), ha generado una dramática situación. En el verano de 2018, como una llamada de atención, trascendió el caso de más de treinta matrimonios españoles varados en Ucrania, con los menores ya nacidos, pero sin inscripción registral ni, consecuentemente, pasaporte español para poder viajar con ellos a España, como una respuesta del Consulado a los reparos opuestos por el Ministerio de Asuntos Exteriores a la gestación por sustitución que se practica en ese país.¹⁰ Se dio la orden de no admitir más inscripciones de los niños nacidos allí. ¿Por qué se reacciona ahora, cuando el problema estaba sobre la mesa desde hace bastante tiempo? El color del gobierno que resultó, de la moción de censura encabezada por Pedro Sánchez en junio de 2018, con voces radicalmente contrarias a esta práctica, ha influido, aun reconociéndose que no se trata de perseguir a las parejas ni a los niños, y se trabaja para ofrecerles una solución cuando nace el niño. Esta solución no puede pasar por lo que se pretendió en la Instrucción de DGRN de 14 de febrero de 2019 (que no llegó siquiera a publicarse en el *BOE* porque fue fulminada cuatro días después por una Instrucción distinta), con la que este Centro Directivo pretendía facilitar más la inscripción de los nacidos mediante gestación subrogada en el extranjero.¹¹ En la actualidad, por tanto, sigue en vigor la Instrucción DGRN

⁹ Noticia de *El Mundo*, 23 agosto 2019, “La Fiscalía investigará a una agencia ucraniana de gestación subrogada en España”, disponible en <https://www.elmundo.es/espana/2019/08/23/5d5fb390fdddfabb48b46aa.html>.

¹⁰ Es muy ilustrativo de la percepción social, sobre la curiosa situación en la que nos encontramos (práctica prohibida en España, pero aceptación de la realizada en el extranjero) el artículo de *El País*, “Vientres ilegales con hijos legales”, disponible en https://elpais.com/sociedad/2018/09/08/actualidad/1536418576_921412.html.

¹¹ ¿Cuál era la práctica registral que eleva a oficial la Instrucción de 14 de febrero de 2019 y contra la que se levantó enseguida la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (en una sucesión de instrucciones opuestas inédita hasta la fecha), que afectaba fundamentalmente a nacidos por gestación subrogada en Ucrania? Se ha publicado por los medios de comunicación que, para confirmar que el comitente era progenitor biológico, en ausencia de resolución judicial que lo constatare, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad reconocida formalmente. Evidentemente, con esta práctica el Estado colabora activamente en la producción de efectos de la gestación

de 5 de octubre de 2010 (*BOE*, 7 de octubre de 2010), pues así se declaró expresamente por la Instrucción DGRN de 18 de febrero de 2019 (*BOE*, 21 de febrero de 2019): muy resumidamente explicada, se permite la inscripción del nacido como hijo del o los comitentes que figuren como padre/s en una resolución judicial extranjera (no basta la certificación registral extranjera), obtenida en un proceso contencioso o en un proceso al de jurisdicción voluntaria; resolución que puede ser reconocida en España, siguiendo los trámites exigidos por nuestro ordenamiento. Si la filiación consta en una mera certificación registral, sin resolución judicial que la ampare, entonces deberá determinarse la filiación en España, extrajudicial o judicialmente, de acuerdo con las reglas oportunas (con lo que salimos del terreno del reconocimiento de títulos extranjeros).

II. INFLUENCIA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. DE MENNESSON (2014) A MENNESSON (2019)

La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), resolviendo reclamaciones de nacionales que quieren ver reconocida por su país de origen la paternidad o maternidad queridas, al celebrar un contrato de gestación subrogada, ha condicionado la actuación de los Estados europeos que prohíben esta técnica de reproducción asistida (Francia, Italia, España, Suiza, Alemania, etcétera).¹²

En mi opinión, cabe resumir la doctrina del TEDH del siguiente modo: ineludiblemente ha de constar que el nacido por gestación subrogada celebrada en el extranjero es hijo de los comitentes (si responde al interés superior del menor, se sobreentiende), pero cada Estado decide cómo se determina legalmente la filiación.

Esta doctrina se ha sentado por el TEDH, interpretando el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que protege de injerencias indebidas de los poderes públicos el derecho a la vida personal y familiar

por sustitución, y permite acreditar extrajudicialmente una paternidad coincidente con la verdad biológica que, en la generalidad de los casos, no se admite (cuando un varón reconoce su filiación, este reconocimiento se inscribirá si se cumplen los requisitos exigidos, pero con independencia de si es o no el progenitor biológico, porque el Registro no admite pruebas extrajudiciales de paternidad).

¹² Un resumen de los hitos fundamentales de esta doctrina del TEDH, desde la primera sentencia sobre el caso *Mennesson* a la Sentencia de la Gran Sala en el asunto *Paradiso y Campanelli*, puede consultarse en Quicios Molina (2019: 16-18).

de las personas. Y se ha sentado para casos en los que un Estado (Francia) no permitía en absoluto que constase legalmente, como hijo de nacionales franceses, el nacido mediante un contrato de gestación por sustitución (cuya nulidad en Francia teñía incluso la determinación de la filiación del nacido). No existían cauces legales en el país vecino para que los padres de intención de unas niñas nacidas en Estados Unidos (el progenitor biológico y su esposa) pudieran ver reflejada en el Registro Civil su condición de padres, y esto se considera contrario al derecho a la vida privada y familiar de las niñas, que sí figuran como hijas de los comitentes en la certificación registral estadounidense (las sentencias del STEDH de 26 de junio de 2014, en los casos *Mennesson y Labassee vs. Francia*, fueron las primeras que resuelven en este sentido).¹³ Es frecuente esgrimir esta jurisprudencia del TEDH, dictada para garantizar ante todo el interés superior de los menores a disfrutar de su identidad (que incluye su filiación) en el país donde residen, como argumento irrefutable a favor de la inscripción del nacido en el Registro Civil de los países que prohíben la gestación subrogada.

Pero conviene enfatizar que no todos los supuestos de gestación por sustitución son iguales, si nos fijamos en la realidad biológica con la que, en mayor o menor medida, se conecta la filiación de las personas, o si nos fijamos en los controles que los poderes públicos imponen a la gestación subrogada en los países que la permiten. Y tampoco son iguales los sistemas nacionales de determinación de la filiación (por ejemplo, las regulaciones francesa y española).¹⁴

¹³ En Francia, tras las decisiones del TEDH que condenan al Estado por no prever una solución que respete el derecho a la vida privada y familiar de los menores implicados, la Asamblea plénière de la Cour de Cassation acabó admitiendo la inscripción de actas de nacimiento extranjeras derivadas de contratos de gestación por sustitución, en sendas sentencias de 5 de julio de 2015 referentes a niños nacidos en Rusia con padre de intención francés que constaba en la inscripción junto con la madre gestante. La razón esgrimida es que el acta de nacimiento no es irregular ni está falsificada, y responde además a la realidad. La doctrina se preguntó entonces qué ocurriría en los casos en que en el acta de nacimiento consta el padre de intención (biológico) y la madre de intención (no la gestante), pudiendo tildarse entonces el acta de parcialmente falsa; la respuesta de la *Cour de Cassation* ha sido admitir una inscripción parcial, para que pueda constar la paternidad legal del progenitor biológico, dejando la puerta abierta a la posterior adopción del menor por la esposa, o el esposo, del padre legal si esto responde al interés superior de aquél (sentencias de 5 de julio de 2017; todas las referencias a la más reciente jurisprudencia francesa pueden encontrarse en Hilt/Simler 2018: 372 y 373). Sobre el fin del caso *Mennesson*, sobre la necesidad de adopción o no de las hijas por la esposa que no aporta gametos, véase lo que se dice a continuación en el texto.

¹⁴ Vilar González (2018: 167 y ss.) se ocupa extensamente de la gestación subrogada en derecho comparado.

Puede ser que ambos comitentes aporten su material genético (óvulo y semen); puede ser que sólo uno de ellos, o el único comitente, aporte su material genético, con donación por un tercero del otro gameto necesario para la fecundación (no es usual actualmente que la mujer gestante aporte su propio óvulo); e incluso puede imaginarse el supuesto de que ninguno de los comitentes aporte material genético. Y tampoco es igual en todos los países la constancia documental de la filiación del nacido, ni los controles que aplican las autoridades de estos países que permiten la gestación subrogada para que se determine la filiación (no en todos se exige resolución judicial previa que constate la filiación de los padres de intención). Estas apreciaciones son fundamentales para no caer en el error de hacer juicios de valor genéricos sobre la respuesta que han de dar los ordenamientos jurídicos, que no permiten la gestación subrogada en su territorio, a la pretensión de sus nacionales, que celebran contratos de gestación por sustitución en el extranjero, de inscribir en el Registro Civil como hijos suyos a los así nacidos. Porque cuando consta la filiación biológica de uno o de los dos comitentes en un documento extranjero obtenido con las debidas garantías (que después veremos), será más fácil conseguir que tenga efectos legales en España; pero cuando alguno de los comitentes no sea padre o madre biológicos, la cosa se complica, pues puede que se requiera recurrir a la adopción del nacido (que es un proceso judicial que lleva su tiempo, aunque se aceleren los trámites, y que no es automático). Los supuestos en que ninguno de los comitentes aporta material genético son vistos con mucha prevención, y merecen un tratamiento específico (sería el *caso Paradiso y Campanelli* resuelto por el TEDH).¹⁵

El *caso Mennesson* es el de un matrimonio francés que contrata una gestación subrogada en el estado de California con aportación de material genético del esposo, pero no la esposa, de ahí que en la resolución judicial estadounidense, que se transcribe inicialmente en el consulado francés, se identifique como padre biológico al esposo y como madre legal a la esposa. La lucha de este matrimonio para que Francia reconozca que las niñas nacidas en 2000 son sus hijas, porque así consta en un documento oficial obtenido legalmente en el país donde se contrata la gestación subrogada, acaba de concluir con la Sentencia núm. 648 del Tribunal Supremo francés de 4 de octubre de 2019, que ha sido saludada como un gran hito por los defensores de esta práctica, porque no se exige que la esposa adopte a las nacidas (adopción, por cierto, que había sido avalada como título de determinación de la filiación no biológica por el *Avis* TEDH de 10 de abril de

¹⁵ Sobre esta sentencia, véase Jerez (2018).

2019, también referente al *caso Mennesson*); en definitiva, vale la transcripción registral permitida inicialmente en el Consulado de Los Ángeles.¹⁶ Pero hay que matizar que es una solución para el caso concreto, porque exigir la adopción cuando las nacidas tienen ya 19 años, y dados los avatares del caso, supondría una injerencia injustificada en su intimidad personal a juicio de la *Cour de Cassation*.

En ese Informe de 10 de abril de 2019, solicitado por el Tribunal Supremo francés el 5 de octubre de 2018, para resolver la última demanda del matrimonio Mennesson sobre determinación de la maternidad de la esposa que no aporta material genético, el TEDH considera que la imposibilidad general de que quede establecida la maternidad es contraria al interés superior del menor, que exige un examen de cada situación atendiendo a sus circunstancias particulares (parágrafo 42), pero el artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos no impone a los Estados la obligación de reconocer *ab initio* la relación entre el nacido y la madre de intención, admitiendo la transcripción de la certificación extranjera (parágrafo 52). El Estado, por tanto, es libre para establecer la exigencia de adoptar al nacido por gestación subrogada, cuando el comitente tiene vínculo biológico con él.¹⁷ Con este Informe se cierra el círculo iniciado por las sentencias previas del TEDH, en que ya sentó su doctrina favorable a considerar una injerencia injustificada en el derecho a la vida privada y familiar del nacido, la negativa del Estado a inscribirle como hijo de quien es su progenitor biológico por recurrir a la gestación por sustitución en el extranjero.

En definitiva, esta interpretación del TEDH, concediendo libertad a los Estados para elegir el medio de determinación de la filiación que mejor responda al interés superior de éste, es la tesis que apunta la Sala de lo Civil de

¹⁶ Un resumen de la noticia puede encontrarse en “Affaire Mennesson, la Cour de cassation valide la transcription de la filiation”, disponible en <https://www.la-croix.com/France/Justice/Affaire-Mennesson-Cour-cassation-valide-transcription-filiation-2019-10-04-1201052137> (consultado el 10 de octubre de 2019). El Arrêt núm. 648, de 4 de octubre, de la Cour de cassation, puede consultarse en https://www.courdecassation.fr/jurisprudence_2/assemblee_pleniere_22/648_4_43606.html.

¹⁷ Los autores de la “Propuesta de reforma de la regulación española sobre inscripción de relaciones de filiación constituidas en el extranjero mediante gestación subrogada”, que ha publicado la Fundación Garrigues y Fide (2018: 20), interpretan, por el contrario, que de las sentencias Foulon y Bouvet se deriva que, para el TEDH, habría una injerencia injustificada en la vida privada del menor cuando se deniega la tutela por reconocimiento de una relación de filiación aunque el Estado ofrezca una tutela por declaración. Esta conclusión lo lleva a considerar claramente contradictoria con la doctrina del TEDH la de nuestro Tribunal Supremo, expuesta en la Sentencia de 6 de febrero de 2014 u confirmada por el Auto de 2 de febrero de 2015.

nuestro Tribunal Supremo, en su famosa Sentencia de 6 de febrero de 2014,¹⁸ y que confirma el ATS de 2 de febrero de 2015.

III. LA PRÁCTICA REGISTRAL ESPAÑOLA FAVORABLE A LA INSCRIPCIÓN DE LA FILIACIÓN, A PESAR DE LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6 DE FEBRERO DE 2014. INSTRUCCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO DE 2010 Y 2019

Cuando llega a término una gestación subrogada contratada por nacionales españoles en un país donde la práctica es legal, el nacido tendrá derechos como nacional español si se determina legalmente que es hijo de los españoles que han encargado su gestación, lo que permitirá a su vez inscribirlo en el Registro Civil (que publica la identidad de una persona, desde que nace, incluyendo por supuesto su filiación). Son los registros civiles consulares los que, por tanto, se enfrentan en primera instancia al problema de la determinación de la filiación de los nacidos como consecuencia de una gestación subrogada contratada por nacionales españoles,¹⁹ ya sea, por ejemplo, en Estados Unidos, Canadá, Ucrania o México (cuando se permitía a extranjeros contratarla en este país).²⁰ Los registros consulares siguen las instrucciones de la DGRN, dependiente del Ministerio de Justicia, que fijó su doctrina favorable a la inscripción, con determinados requisitos, de la filiación a favor de los comitentes en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, sobre Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos mediante Gestación por Sustitución.

Tras una primera época en que se denegaron las solicitudes de inscripción de nacimiento en el Registro Civil, a partir de 2009 la nulidad de los contratos de gestación en España no se ha considerado óbice por la DGRN para que acceda a nuestro Registro Civil la filiación que figura en un título extranjero, reconociendo efectos en España a dicha relación de filiación.²¹

¹⁸ Como vio con agudeza el profesor Bercovitz (2014; 40).

¹⁹ En la RDGRN 89/2017, de 1 de septiembre, se confirma la competencia de los registros civiles consulares, y no del Registro Civil Central, para inscribir, si procede, el nacimiento del hijo querido por los promotores de la gestación por sustitución.

²⁰ Fueron bastantes las parejas españolas que celebraron contratos de servicios de asesoramiento con empresas como Subrogalia (ya desaparecida, pero protagonista de varias reclamaciones civiles y penales, derivadas de incumplimientos contractuales), con el fin de conseguir una gestación subrogada en el Estado mexicano de Tabasco antes de que se impidiera a los extranjeros el uso de esta técnica (sobre la reforma legal, vigente desde el 14 de enero de 2016, véase Cantoral, 2017: 117 y ss.).

²¹ Entre otras, han accedido a la inscripción pretendida las RRDGRN, 1a., 3 mayo 2011 [JUR 2012, 107637], 4a., 5a. y 6a., 6 mayo 2011 [JUR 2012, 110698, 114782 y 147776],

La inscripción de una doble paternidad por naturaleza que figura en una certificación registral extranjera, concretamente del estado de California, lo que sólo puede suceder como consecuencia de una gestación por sustitución permitida en dicho Estado, se permitió por primera vez en la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado (en adelante, RD-GRN) 1a., de 18 de febrero de 2009.²² Esta Resolución fue impugnada por el Ministerio Fiscal ante los tribunales civiles, resolviendo finalmente la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su famosa Sentencia, de Pleno, de 6 de febrero de 2014, que la resolución del Centro Directivo no era conforme al derecho español.²³ La DGRN, anticipando la respuesta que merecería su Resolución de 18 de febrero de 2009, rectificó su doctrina con el fin de lograr la plena protección del interés superior del menor y de la mujer gestante en su Instrucción de 5 de octubre de 2010, considerando susceptible de reconocimiento no la mera certificación registral extranjera, donde consta una filiación que puede derivar de una gestación por sustitución (aunque

1a., 2a. y 3a., 9 junio 2011 [JUR 2012, 151437, 151438 y 151439], 1a., 27 junio 2011 [JUR 2012, 151441], 2a., 4a. y 5a., 23 septiembre 2011 [JUR 2012, 168312, 168313 y 168314], 2a., 30 noviembre 2011 [BIMJ 25.4.2012, pp. 7 y 9], 1a., 30 noviembre 2011, dictada en un supuesto en que sólo pretende inscribirse una filiación paterna, o, 4a., 22 diciembre 2011 y 1a., 12 diciembre 2011 [BIMJ 3.5.2012, pp. 9 y 13, dictadas en un supuesto en que promueve la inscripción una pareja casada heterosexual]). La doctrina se mantuvo cuando el Partido Popular llegó al gobierno. Así en la RDGRN de 15 de abril de 2013 (48a.), relativa a la inscripción de la filiación matrimonial de una niña nacida en California, constando en la certificación de nacimiento extranjera que es hija del matrimonio español (heterosexual) que promueve la inscripción: “Si, como presume el ministerio fiscal en su informe posterior al recurso, se trata en realidad de un supuesto de gestación por sustitución, tal como argumenta dicho órgano y de acuerdo con la Instrucción de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de octubre de 2010, es requisito necesario para la inscripción la aportación de una resolución judicial reconocida en España y dictada por el órgano jurisdiccional extranjero competente que atribuya a los solicitantes la filiación sobre la menor haciendo constar que no se ha producido una vulneración del interés superior de la nacida y recogiendo el libre consentimiento y la renuncia expresa de la madre gestante” (FD 5o.). Un matrimonio heterosexual, que se desplaza a Estados Unidos, consigue la inscripción del nacido al estimarse su recurso por la RDGRN, 14a., de 19 de diciembre de 2014 (RJA 2015, 5079).

²² RJA 1735. Un matrimonio de varones españoles recurre a la gestación por sustitución en un país que la permite (concretamente en el estado norteamericano de California), utilizando material genético de uno de ellos y óvulos donados; nacidos los hijos (el 24 de octubre de 2008) pretenden inscribirlos en el Registro Consular como suyos (presentando la certificación del nacimiento, emitida por el Registro de San Diego, en que así consta). La DGRN estimó el recurso interpuesto contra la decisión del encargado del Registro, que deniega la inscripción, y contra su decisión recurrió el Ministerio Fiscal.

²³ El recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal se estimó por la SJPI, Valencia, núm. 15, 15 septiembre 2010, que a su vez fue confirmada por la SAP Valencia, secc. 10a., de 23 de noviembre de 2011 (AC 2010, 1707 y 2011, 1561).

este dato no figure en la certificación), sino la resolución judicial que avala el contrato de gestación por sustitución y declara constituida la relación de filiación correspondiente.²⁴ Se advierte, por la Dirección General, que presentando una mera certificación registral no pueden controlarse todos los requisitos que deben cumplirse a tenor de los artículos 23 de la Ley del Registro Civil de 1957 (en adelante, LRC/1957), y 81 y 85, del Reglamento del Registro Civil (en adelante, RRC): debe existir total certeza sobre la realidad del hecho inscrito; el título debe ser regular y auténtico, y no debe existir duda de la legalidad del hecho inscrito conforme a la legislación española.²⁵ En concreto, sin resolución judicial no podría testarse la realidad de los datos y circunstancias recogidos en la certificación registral y el respeto al orden público español.²⁶

Esta doctrina registral, que sigue aplicándose tras los vaivenes de febrero de 2019, no se ha visto afectada en la práctica por la doctrina establecida en la STS, Sala de lo Civil, de 6 de febrero de 2014: la regulación de la maternidad subrogada en el artículo 10, LTRHA, forma parte del orden público español que deben respetar las certificaciones registrales extranjeras para que puedan ser reconocidas en España, y tener acceso al Registro Civil los hechos pretendidos (artículo 23, LRC/1957, y artículos 81 y 85, RRC). Se trata, según el Tribunal Supremo, de una práctica contraria a la dignidad de la persona (artículo 10, CE), en este caso la mujer gestante y el nacido, pues se mercantiliza la gestación y la filiación, se cosifica a la mujer gestante y al niño, se posibilita la explotación de mujeres jóvenes y necesitadas por intermediarios que se enriquecen con los precios que sólo pueden pagar las

²⁴ La DGRN distingue la resolución judicial obtenida en un proceso semejante al de jurisdicción voluntaria, que puede reconocerse incidentalmente por el encargado del Registro Civil, de la resolución judicial dictada en procedimiento contencioso, que debe obtener el *exequatur* judicial (véase Heredia Cervantes —2013: 706 y ss.—). En la práctica es conflictivo calificar los procedimientos extranjeros (como ejemplo, véase la RDGRN de 16 de enero de 2015, citada por Paniza, 2018: 76-78, que estima el recurso presentado contra el Registro Civil Central, partidario del reconocimiento de la resolución judicial presentada por medio de *exequatur*).

²⁵ Barber Cárcamo (2012: 2927-2928) indicó que, sustituyendo la DGRN el título causante de la inscripción (la certificación registral se orilla en favor de la resolución judicial de que trae causa), se adelanta la entrada en vigor de un precepto de la LRC/2011, como sería el contenido en el artículo 96.2 (sigue hoy sin estar en vigor, de momento hasta el 30 de junio de 2020) y se elude la propia doctrina de la DGRN sobre el control conflictual recogido en el artículo 23, LRC/1957, creando además *ex novo* unas condiciones específicas de reconocimiento de resoluciones de jurisdicción voluntaria, cuando se refieren a la gestación por sustitución entre las que no se recoge el respeto al orden público español.

²⁶ Heredia Cervantes (2014).

clases más favorecidas.²⁷ No puede evitarse la aplicación de los imperativos que conforman nuestro orden público invocando el interés superior del menor como fundamento del reconocimiento en España de la filiación establecida a favor de quienes recurren a la gestación por sustitución en otros países que la admiten.²⁸ Con acierto, en mi opinión, se sostiene, por la STS de 6 de febrero de 2014, que la consideración primordial que ha de darse por los aplicadores del derecho al interés superior del menor, no significa que no haya que realizar una ponderación con otros bienes jurídicos, como “el respeto a la dignidad e integridad moral de la mujer gestante, evitar la explotación del estado de necesidad en que pueden encontrarse mujeres jóvenes en situación de pobreza, o impedir la mercantilización de la gestación y de la filiación”.²⁹

En definitiva, la filiación del nacido debe determinarse de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 10, LTRHA, o recurriendo a la adopción: la paternidad biológica podrá determinarse judicialmente; por adopción, también cabrá determinar la filiación correspondiente, pero madre por naturaleza será la gestante.³⁰

²⁷ En el voto particular que se formula a la STS de 6 de febrero de 2014, por el contrario, no se entiende vulnerado el orden público, cuando lo que se somete a la autoridad española es el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su ordenamiento, pues no se considera que vulnera la dignidad de la madre gestante ni la del niño una actuación aprobada judicialmente en un Estado con el que cooperamos en el ámbito jurídico, y siendo una práctica que se va admitiendo por distintos ordenamientos. Aplauda la doctrina de este voto particular, que se alinea con la posición de la DGRN, Heredia Cervantes (2014).

²⁸ A favor también de esta interpretación, Verdera Server (2016b: 88-89). Sugerente, como siempre, es la lectura de Roca Trías (2015). Ya Hualde Manso (2012), entre otros, había señalado que el interés del niño no puede alegarse como paraguas después de violar la ley, y que la solución del artículo 10.1, LTRHA, es la más conforme con el interés del menor.

²⁹ En el voto particular formulado a la STS de 6 de febrero de 2014 se considera, por el contrario, que el interés del menor se vulnera cuando por razones de orden público se deja en el limbo jurídico, e hipotético desamparo, al nacido como consecuencia de una gestación por sustitución legal en el país del nacimiento. Voto particular que tiene sus seguidores (por ejemplo, Heredia Cervantes, 2014).

³⁰ Estas vías de acceso a la determinación de la filiación derivada de la gestación por sustitución que ofrece el ordenamiento español permiten diferenciar nuestro caso de los casos franceses enjuiciados por el TEDH, pues se condenó a Francia por vulnerar el derecho a la vida privada y familiar del menor que, de ningún modo, podría ver reconocida su filiación a favor de los comitentes con los que convivía. Por esto, tiene fundamento el ATS de 2 de febrero de 2015 (JUR 2015, 47648) que rechazó el recurso por nulidad de actuaciones interpuesto por los comitentes, con base precisamente en esas decisiones del Tribunal de Estrasburgo. Respecto del ordenamiento francés, se ha acordado por el TEDH, como hemos visto, que es conforme con el artículo 8 de la Convención facilitar la inscripción de la maternidad no biológica de la esposa comitente a través de la adopción, y no permitir un reconocimiento automático (*Avis* de 10 de abril de 2019).

Que la maternidad de la gestante deba constar en todo caso, no significa que haya de tener eficacia (fundamentalmente cuando no aporta los gametos para la concepción): no creo que, en principio, responda al interés del menor cuando su intención al gestarlo no ha sido atenderle como madre,³¹ pues sin negar la importancia de su papel, como gestante, en el desarrollo del nacido, se acerca más al de una madre de leche que al de una verdadera madre.³² Pero el ordenamiento español ofrece cauces suficientes a los padres de intención para figurar como tales, no tan automáticos como el reconocimiento de las resoluciones extranjeras en que constan como tales. El Tribunal Supremo insta al Ministerio Fiscal a que ejercite las acciones pertinentes para que se determine la correcta filiación de los menores, teniendo en cuenta su efectiva integración en un núcleo familiar de facto. Se acepta, en consecuencia, que forman una familia; pero aun así, la injerencia del poder público, negando la inscripción de los hijos en el Registro español, no se entiende prohibida por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³³ La vida familiar se protegería, podemos concluir, admitiendo la determinación de la paternidad del progenitor que hubiera puesto los gametos necesarios, y si no fuera el caso, favoreciendo la adopción de los menores por los comitentes si reuniesen los requisitos necesarios. En cuanto a la determinación judicial de la paternidad biológica que puede existir mediando una gestación por sustitución, se sustentaría en la realización de pruebas directas, haciendo caso omiso al origen de la gestación.³⁴

³¹ De Verda (2018: 26) sostiene, por el contrario, que no está dicho que, en principio, lo mejor para el menor sea que se reconozca la filiación respecto de los comitentes en vez de respecto de la madre gestante, sin examinar las circunstancias del caso concreto.

³² Se ha señalado por la socióloga Costa-Lascoux que la gestación por sustitución no carece de semejanzas con el contrato de la nodriza: “En el siglo XIX, los debates parlamentarios sobre las nodrizas contenían ya una parte de la argumentación, la relativa a las ‘madres mercenarias’. Ahora no es la ciencia la que está en juego, sino lo tocante al parentesco y la educación del niño. Hoy en día los argumentos se entremezclan, en perjuicio de un análisis reposado de las situaciones prácticas que se pueden encontrar, y que difieren enormemente entre sí” (1993: 592).

³³ Estaría contemplada por la ley nacional, que exige tener en cuenta el orden público internacional en el reconocimiento de certificaciones extranjeras, y la injerencia es necesaria en una sociedad democrática para proteger otros bienes jurídicos.

³⁴ Barber Cárcamo (2012: 2920) defendió que en un proceso judicial español tendente a la determinación de la filiación no podrían tener eficacia probatoria los documentos públicos extranjeros que recojan un contrato de gestación por sustitución, por aplicación del artículo 323.3, LEC, en conjunción con el artículo 10.1, LTRHA. Creo que esta conclusión no se coherente con la posibilidad de que quede determinada la paternidad biológica admitida *ex* artículo 10.3, LTRHA.

La doctrina de la DGRN parece incompatible con esta jurisprudencia, aun después de la modificación de aquélla en 2010, pues en definitiva la Dirección General y la Sala Primera del Tribunal Supremo atribuyen al filtro del orden público español un rasero distinto.³⁵ Para la Dirección General, ese orden público no se vulnera si se han respetado los derechos procesales de los sujetos involucrados, y en particular, de la madre gestante (orden público procesal), y si no se ha vulnerado el interés superior del menor (comprobando que hay una resolución judicial firme y consentimientos irrevocables a la filiación) ni los derechos de la mujer gestante (orden público material).³⁶ Doctrina administrativa que conduce a la inscripción de numerosas relaciones de filiación derivadas de gestión por sustitución, en contra de lo resuelto por la Sala Primera del Tribunal Supremo y que debería prevalecer.³⁷ En algunos casos, el control ejercido lleva a la Dirección General a confirmar la negativa del encargado del Registro a inscribir relaciones de filiación que no vienen establecidas en una resolución judicial, o en las que no se cumplen las garantías señaladas (por ejemplo, cuando la gestación se realiza en la India). ¿En qué situación quedan entonces los menores afectados que se encuentran bajo la guarda de nacionales españoles?³⁸ ¿No se les protegería más adecuadamente cortando de raíz la eficacia en España de una gestación por sustitución?

³⁵ La Circular DGRN de 11 de julio de 2014 declaró vigente la doctrina de la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, tras la STS de 6 de febrero de 2014, por considerar que no resultaba afectada al haberse modificado la doctrina sentada en la Resolución impugnada.

³⁶ Heredia Cervantes (2014) explica así la comprensión por la Instrucción de este requisito esencial para el reconocimiento de certificaciones extranjeras.

³⁷ Salas (2017) ha afirmado tajante: “la Dirección General de los Registros y del Notariado es un organismo administrativo dependiente del Ministerio de Justicia, que carece de facultades normativas y que sus resoluciones están en definitiva sometidas a control jurisdiccional”, y que no tiene potestad “para actuar en contra de la doctrina del Tribunal Supremo que niega efectos en España a tales contratos celebrados en el extranjero, sin perjuicio de habilitar —en interés del menor— los medios necesarios para la inscripción de los así nacidos en el Registro Civil español”.

³⁸ Sirva como ejemplo el caso de la RDGRN, 115a., 19 diciembre 2015 (JUR 2015, 259979), para incidir en la desprotección de menores a que conduce el recurso incontrolado a la gestación por sustitución, obviando nuestra legislación: una mujer española de 48 años, casada, da a luz en Rusia a dos niñas, y se sospecha que se recurrió a una gestación por sustitución (pues ni la mujer ni su marido residen habitualmente en dicho país); la DGRN deniega la inscripción de la filiación pretendida, ¿pero cuál es la situación en la que quedan estas niñas? Su interés reside en que, si tienen un ambiente familiar adecuado, se utilicen los medios que ofrece el ordenamiento para que se determine la filiación de las mismas (o reconocimiento y adopción, o sólo adopción). Pero el interés general, incluidos otros menores nacidos o por nacer, puede demandar una solución distinta.

Esta Instrucción registral de 2010, que facilita la inscripción de la filiación que conste en una sentencia judicial extranjera (como la que obtienen los comitentes en Estados Unidos o Canadá), no permitía la inscripción rápida pretendida por los solicitantes que habían celebrado contratos de gestación subrogada en determinados países (como Ucrania), de ahí que la DGRN enviara a los consulados otra Instrucción, de 14 de febrero de 2019, sobre Actualización del Régimen Registral de la Filiación de los Nacidos mediante Gestación por Sustitución, muy favorable a los intereses de las asociaciones que reivindican el derecho de los comitentes a ser padres. Pero esta Instrucción de 14 de febrero de 2019 tuvo corta vida, pues quedó sin efecto ninguno por la Instrucción de 18 de febrero de 2019 (ésta sí publicada en el *Boletín Oficial del Estado* del 21 de febrero), y que lleva el mismo título que la de 14 de febrero, aunque la filosofía que la inspira es radicalmente contraria.³⁹ Con esta nueva Instrucción en realidad no se actualiza el régimen, sólo se aclara la tramitación de los expedientes de inscripción de nacimiento que no encajan en los moldes permitidos por la Instrucción de 5 de octubre de 2010, facilitando que el menor viaje, en todo caso, a España porque el solicitante podrá obtener de las autoridades locales, si procede, el pasaporte y permisos necesarios.

La Instrucción de 18 de febrero de 2019 deja claro a los encargados de los registros civiles lo siguiente:

Las solicitudes de inscripción en el Registro Civil consular de la filiación de menores nacidos con posterioridad a la publicación de esta Instrucción, no serán estimadas salvo que exista una sentencia de las autoridades judiciales del país correspondiente que sea firme y dotada de *exequatur*, u objeto del debido control incidental cuando proceda, de conformidad con la Instrucción de 5 de octubre de 2010.

Es decir, no basta la mera certificación registral extranjera en la que consten como padres los comitentes si no está sustentada en una sentencia, obtenida en un proceso contencioso o semejante al de jurisdicción voluntaria, que puede ser reconocida en España siguiendo los trámites exigidos por nuestra legislación.

³⁹ La Instrucción de 14 de febrero de 2019 sí parece que deberá tenerse en cuenta para resolver según sus indicaciones las inscripciones de nacimientos producidos antes del 21 de febrero de 2019, pues la Instrucción de 18 de febrero la deja sin efecto en relación con los niños que hayan nacido mediante este procedimiento con posterioridad a la publicación de la segunda en el *Boletín Oficial del Estado*. Véase, en el mismo sentido, Andreu Martínez (2019: 79).

Amparados por la Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010, han conseguido la inscripción, en el Registro Civil español, de la filiación que consta en resolución judicial extranjera los nacionales españoles que han contratado la gestación subrogada en países donde el procedimiento de reproducción asistida incluye la obtención de esa resolución judicial.⁴⁰ Esas resoluciones judiciales han de ser reconocidas en España, o bien obteniendo el *exequatur* oportuno (el control entonces es judicial) o bien pasando por el filtro establecido por la legislación registral. En muchos casos es el encargado del Registro Civil el competente para controlar si la resolución judicial en cuestión puede ser reconocida en España, ya que se trata de procedimientos judiciales análogos al de jurisdicción voluntaria, no contenciosos. Y en todo caso se exige que conste el nombre de la madre gestante (así llamada por la Instrucción referida), pues se indica a los encargados del Registro que en ningún caso se admitirá como título apto para la inscripción del nacimiento y filiación del nacido, una certificación registral extranjera o la simple declaración, acompañada de certificación médica relativa al nacimiento del menor en la que no conste la identidad de la madre gestante. Esta exigencia se cohonestaba con un principio basilar de nuestro sistema de filiación: la maternidad se determina por el parto, y aunque se admite la renuncia de la madre a los derechos derivados de la maternidad (artículo 44, LRC), esta constancia permite determinar en interés del menor su paternidad por naturaleza o una filiación adoptiva. Efectivamente, es esta renuncia al hijo de la mujer gestante la que garantiza que la filiación se determinará exclusivamente a favor de los comitentes, sin conflicto ninguno de filiaciones (en nuestro país no cabe que se determinen dos filiaciones contradictorias; artículo 113 del Código Civil español —en adelante, CC—).

Si no hay sentencia extranjera que declare que los comitentes, o alguno de ellos, es padre o madre del nacido mediante gestación por sustitución, indica la Instrucción de 18 de febrero de 2019 que el encargado del Registro Civil “deberá suspender la inscripción, con base en la ausencia de medios de prueba susceptibles de apreciación dentro del procedimiento consular”; dicha suspensión y las circunstancias concurrentes serán notificadas por el

⁴⁰ En algunos casos no queda claro si para realizar la inscripción registral en el Consulado español se han respetado las exigencias de esta Instrucción, como en el resuelto por el AAP Barcelona, sección 18a., núm. 565/2018, de 16 de octubre (JUR 2018, 290468); se había inscrito a dos niños nacidos en Tailandia como hijos biológicos de un ciudadano español que había contratado una gestación subrogada en dicho país, sin que conste, en el proceso de adopción iniciado por su pareja, resolución judicial extranjera y subsiguiente *exequatur*; sobre estos extremos, no obstante, no puede pronunciarse la Audiencia, pues la inscripción no fue impugnada y sólo tiene competencia para decidir sobre la adopción por la pareja del padre.

encargado del Registro Civil, en su caso, al Ministerio Fiscal, de conformidad con el artículo 124 del RRC. Una vez en España, “a fin de asegurar que se cumplen todas las garantías con el necesario rigor probatorio, se deberá iniciar el correspondiente expediente para la inscripción de la filiación, con intervención del Ministerio Fiscal, o interponer las acciones judiciales de reclamación de dicha filiación”. Adelanta, pues, la Instrucción, que ya en España se podrá determinar la filiación del nacido extrajudicialmente o por sentencia judicial; en definitiva, de acuerdo con nuestro sistema legal de filiación, por naturaleza y por adopción (artículo 108, CC).

La práctica registral que eleva a oficial la Instrucción de 14 de febrero de 2019, y contra la que se levanta, a la postre, la Instrucción de 18 de febrero de 2019, según noticias publicadas, era que para confirmar que el comitente era progenitor biológico, pues no constaba en sentencia judicial ninguna que controlara la reproducción asistida realizada, se enviaba material genético a España con el objeto de conseguir una prueba biológica de paternidad fuera de todos los cauces legales. Y si la prueba daba un resultado positivo, se podía inscribir la paternidad o maternidad. Evidentemente, con esta práctica el Estado colabora activamente en la producción de efectos de la gestación por sustitución. Se daba eficacia, pues, al reconocimiento de la paternidad, previsto por el artículo 120.2o., CC, cuando se entendía otorgado por el progenitor biológico, en los casos en que la filiación a favor de los comitentes no quedaba determinada en una resolución judicial extranjera. Sobre el papel es una solución razonable, pero ¿cómo puede tenerse la garantía de que el reconocedor es verdaderamente el progenitor, quien ha aportado los gametos para la concepción del nacido? Con una prueba biológica obtenida con las debidas cautelas procesales o administrativas, o, de acuerdo con lo sostenido por la Instrucción de 14 de febrero de 2019, cuando se aportan “unas pruebas médicas y analíticas inequívocas (de ADN) obtenidas en condiciones de plenas garantías científicas y jurídicas, tanto en cuanto a los centros o laboratorios que realicen las correspondientes pruebas y análisis, como en cuanto al procedimiento seguido y la cadena de custodia de las muestras de ADN”. Y la obtención de estas pruebas pasa, como también indica la Instrucción de 14 de febrero de 2019, por realizarlas en los centros y servicios autorizados a que se refiere el artículo 4, LTRHA:

o en su caso en los laboratorios designados por la Comisión Nacional de Uso Forense del ADN, con arreglo a los procedimientos y garantías que se especifiquen en las correspondientes Instrucciones de Servicio de la Dirección General de Españoles en el Exterior y de Asuntos Consulares y Migratorios, en el caso de solicitudes de inscripciones de filiación referidas a nacidos/as

mediante procedimientos de contratación de gestación por sustitución presentadas en los correspondientes Registros Civiles Consulares de España.

Esta admisión de pruebas biológicas extrajudiciales, para demostrar que quien reconoce es el verdadero progenitor, no cabe en los casos en que no hay una gestación subrogada de por medio (ha dicho en varias resoluciones la Dirección General).

El reconocimiento de la paternidad por el comitente tampoco puede tener ningún efecto cuando consta que la mujer gestante está casada, si nos atenemos a la doctrina inveterada de la Dirección General que resuelve a favor de la inscripción de la paternidad presumida del marido (artículo 116, CC) aunque nieguen esta paternidad todos los protagonistas (madre, marido y reconocedor de la filiación no matrimonial). Por esto, supone otra anomalía de la Instrucción de 14 de febrero de 2019 entender que en estos casos “se exigirán igualmente el consentimiento del marido o cualesquiera otros requisitos impuestos, en su caso, por la legislación civil aplicable”.

IV. REGLAS SUSTANTIVAS DEL ORDENAMIENTO ESPAÑOL APLICABLES A LA DETERMINACIÓN DE LA FILIACIÓN DERIVADA DE UN CONTRATO DE GESTACIÓN SUBROGADA

1. *Código Civil, Ley de Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Ley del Registro Civil*

¿Qué reglas legales, sustantivas, establece el ordenamiento jurídico español que resulten aplicables a la determinación de las relaciones de filiación que pueden derivarse del nacimiento de una persona cuando es la consecuencia de la celebración de un contrato de gestación por sustitución? Debemos tener en cuenta las disposiciones del artículo 10, LTRHA, específicamente referidas a la gestación subrogada, y otras normas del sistema de filiación común español establecidas en el CC y la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil (en adelante, LRC/2011; que sólo en lo relativo a la inscripción del nacimiento y la filiación ha sustituido a la Ley del Registro Civil de 1957, todavía vigente junto con el Reglamento del Registro de 1958). Concretamente han de tenerse en cuenta la posible renuncia a la maternidad prevista por el artículo 44.2 de la LRC/2011, el posible reconocimiento de la paternidad (artículos 120.2o. y 124, CC), la reclamación judicial de la filiación (artículo 131, CC) y la posible adopción del hijo del cónyuge (artículo 176.2, CC).

El artículo 10, LTRHA, lo componen tres reglas, una referida a la eficacia del contrato de gestación por sustitución y otras dos referidas a la determinación de la filiación del nacido mediante esta técnica de reproducción asistida. En cuanto a la primera, el contrato se califica como nulo de pleno derecho, pero no se desarrollan las consecuencias de esta ineficacia.⁴¹ La fundamental será que el propósito perseguido por las partes (que no es otro que la atribución de la paternidad y/o maternidad del nacido a los comitentes y en ningún caso a la mujer gestante) no puede derivar del contrato, pues la autonomía de la voluntad no tiene reconocido este alcance por nuestro ordenamiento. En cuanto a las dos reglas referentes a la determinación de la filiación del nacido, recurriendo a una gestación por sustitución, una se refiere a la maternidad (madre será la mujer gestante), y otra a la paternidad (puede determinarse judicialmente la paternidad biológica del nacido); en consecuencia, el legislador español quiere que quede determinada una doble relación de filiación, a pesar de la nulidad del contrato de gestación por sustitución, lo que claramente está inspirado en el interés de la persona en tener determinada su filiación por naturaleza.

Debemos tener en cuenta que el supuesto no entra en los moldes que conocemos sobre determinación de la filiación, pues el título de determinación legal de la filiación es en puridad un contrato (aunque sea aprobado judicialmente), cuya eficacia depende de que se cumpla o no.⁴² Y no podemos minusvalorar los conflictos de paternidad que cabe imaginar y que obligarían a modificar nuestro régimen de filiación (el marido de la mujer gestante no podría presumirse padre; no podría tener eficacia un reconocimiento de paternidad efectuado por un varón distinto del comitente), y que están conectados con la incidencia de la gestación por sustitución en la libertad sexual de la mujer gestante (si la mujer gestante está casada, y mantiene relaciones sexuales en el tiempo en que la transferencia embrionaria tiene lugar, el marido también puede ser el progenitor biológico).

Tampoco podemos olvidar que la filiación de la persona que se quiere traer al mundo a través de una gestación por sustitución es un elemento esencial del derecho fundamental a tener una identidad: el nacido tiene derecho a unos padres y a una nacionalidad que le garantice la protección

⁴¹ El artículo 16.7 del Código Civil francés contiene una disposición semejante, añadiendo el artículo 16.9 que las normas relativas a la protección del cuerpo humano son de orden público.

⁴² Por ejemplo, en los ordenamientos que aceptan atribuir la filiación a los comitentes, debe decidirse si será desde el inicio del embarazo o sólo después, cuando la gestante renuncia válidamente a la maternidad. Ejemplo del primer modelo es Grecia, y del segundo, Reino Unido.

de un Estado. Ese derecho a la identidad va unido al corolario derecho a conocer los orígenes biológicos, cuyo desarrollo en los últimos tiempos está conduciendo a defenestrar uno de los principios que parecían intocables de la reproducción asistida: el anonimato del donante.⁴³ Desde luego, la gestación por sustitución introduce en la identidad de la persona un ingrediente (o varios) que pueden ser motivo de inquietud en el desarrollo de la personalidad.⁴⁴ La gestación deja huella en la persona, y el conocimiento de la madre gestante debería formar parte del derecho a conocer los orígenes de todo ser humano.⁴⁵

2. Determinación de la maternidad de la gestante y posible renuncia

La maternidad se determina por el hecho del parto, como cualquier maternidad por naturaleza, ya esté o no casada la madre del nacido (normalmente al inscribir dentro de plazo el nacimiento: artículo 120.5o., CC, y artículo 44.4.I y II, LRC/2011). El pacto entre las partes de un contrato de gestación por sustitución, según el cual la mujer gestante entregará al nacido a los comitentes, renunciando *ex ante* a cualquier derecho sobre el nacido, choca frontalmente contra esta disposición imperativa, y por esto será inexigible y carecerá de cualquier efecto (lo que responde también a la nulidad del contrato prevista por el artículo 10.1, LTRHA). La Instrucción DGRN de 5 de octubre de 2010 exige, por esto, que en todo caso conste el nombre de la madre gestante en la resolución judicial cuyo reconocimiento en España se solicita, dato fundamental para evitar el tráfico de menores y permitir al nacido el conocimiento de sus orígenes, así como su renuncia a la maternidad (o más bien a sus efectos), también clave para que pueda determinarse exclusivamente la paternidad/maternidad del o los comitentes. La materni-

⁴³ Véase la Sentencia del Tribunal Constitucional portugués sobre la Ley de Gestación por Sustitución, de 24 de abril de 2018 (muy crítico con esta sentencia, porque frustra las expectativas de los defensores de la gestación subrogada, se muestra Vela Sánchez —2018—), y las conclusiones de los États Generaux sobre bioética de junio de 2018 en Francia.

⁴⁴ Como señalaba Barber Cárcamo (2012: 2947), si se siguen los cauces legales para que quede determinada la filiación biológica en una gestación por sustitución, se diferenciaría de las formas de protección de menores y quedaría ligada al derecho del hijo a conocer sus orígenes biológicos. La maternidad derivada del parto “liga al hijo con quien lo alumbró y le confiere un referente seguro para tutelar su derecho a la identidad, primero, y a la filiación, después”.

⁴⁵ Según el Informe del Comité de Bioética de España (2017: 12), la gestación es una forma de simbiosis temporal entre el hijo y la madre que genera una huella corporal permanente en ambas partes.

dad que quede determinada por el hecho del parto, y así conste en la inscripción registral del nacimiento, en principio sólo podrá decaer interponiendo la correspondiente acción de impugnación (RDGRN, 12a., de 19 de diciembre de 2014).⁴⁶ Pero esta filiación materna no tiene siempre efectos plenos, pues en España se prevé una específica renuncia de la madre, no a la maternidad (como en tiempos pasados), sino a los efectos de la maternidad, por motivos fundados (artículo 44.4, LRC/2011), lo que provocará un acceso restringido al dato de la maternidad y una intervención protectora de los poderes públicos para evitar el desamparo del nacido.

Efectivamente, tras la reforma de la LRC/2011 por la Ley 19/2015, de 13 de julio, se ha introducido en el artículo 44.4.II una especial previsión sobre acceso restringido a los datos sobre la maternidad, cuando la madre renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad, lo que debe interpretarse no como una renuncia a que se determine la maternidad (lo que no sería posible), sino como una renuncia a ejercer los derechos derivados de la maternidad ya determinada, pero a la que no se le dará ninguna publicidad. De acuerdo con la Instrucción DGRN de 9 de octubre de 2015,⁴⁷ no procederá la remisión de información al Registro Civil “cuando la madre haya renunciado al hijo”, expresión absolutamente impropia para referirse a la situación regulada, pues no se renuncia al hijo sino a los efectos de la determinación de la maternidad (número 5o. de la disposición 3a., donde se regulan los supuestos excluidos de la remisión de información).

Esta renuncia *posterior* al nacimiento del hijo, interpretada por doctrina autorizada como un paso hacia la admisión de la gestación por sustitución,⁴⁸ ¿puede permitir conseguir efectos similares a los pretendidos por las partes cuando celebraron el contrato de gestación por sustitución? Creo que la nueva regla sobre renuncia a la maternidad puede facilitar el acceso al Registro Civil de la filiación querida, en un contrato de gestación por sustitución, si se interpreta por los encargados del Registro que los motivos fundados que permiten tal renuncia concurren en el caso, sin necesidad de que sea declarado en situación de desamparo el menor. Me explicaré mejor.

El tratamiento legal dado a esta renuncia materna es puramente registral, y se conecta con el sistema de “ventanilla única” que pretende instaurarse para agilizar la inscripción de los nacimientos desde los centros médicos en que suelen ocurrir los nacimientos. La remisión de información sobre el nacimiento desde el centro médico no se producirá cuando la madre soli-

⁴⁶ JUR 2015\256886.

⁴⁷ BOE 14 octubre 2015.

⁴⁸ Gete-Alonso (2018: 5, 22, 33, 53).

cite un acceso restringido a sus datos, previa renuncia a ejercer los derechos derivados de la determinación de la maternidad. En consecuencia, en estos casos, la madre deberá comunicar su intención en principio a la entidad pública competente en protección de menores, y así conseguir la inscripción del nacimiento y salvar la publicidad de su identidad, que en todo caso constará. En mi opinión, la madre no puede oponerse a que se determine su maternidad por naturaleza —que es la derivada del parto—, no puede desconocer su maternidad (declaró derogados los preceptos registrales que lo permitían la STS de 21 de septiembre de 1999);⁴⁹ sólo tiene reconocido por la nueva legislación registral el derecho a renunciar a ejercer los derechos derivados de la filiación materna, siempre que haya *motivos fundados* para esto. No cabe, pues, una renuncia libre a ejercer los derechos derivados de la maternidad que, no olvidemos, van unidos siempre a deberes. ¿Qué motivos fundados podrían tomarse en consideración por el encargado del Registro para admitir que no se dé publicidad a la identidad de la madre? Sólo cabe interpretar que de este modo se protege mejor al nacido, al que en todo caso se le garantiza su derecho a conocer la identidad de la madre.

El supuesto evidente es el de la madre que recurre a la entidad pública competente para la protección de menores, y presta su consentimiento a la adopción del nacido por encontrarse en situación de desamparo (al no poder o no querer hacerse cargo de él). El artículo 48, LRC/2011, dispone para los casos de menores desamparados que las entidades públicas de las comunidades autónomas competentes en materia de protección de menores deberán promover sin demora su inscripción, así como la inscripción de la tutela administrativa que, en su caso, asuman, sin perjuicio de la anotación de la guarda que se establezca.⁵⁰ En el Preámbulo de la Ley 19/2015, que no modifica el artículo 48, LRC/2011, se enfatiza que

en el ámbito de la protección de la infancia, se establece la no obligatoriedad de la madre que renuncia a su hijo en el momento del parto a promover la inscripción de nacimiento, pasando esa obligación a la entidad pública correspondiente, sin que, en tal caso, el domicilio materno conste a los efectos estadísticos, evitando el consiguiente efecto de empadronamiento automático del menor en el domicilio de la madre que ha renunciado a su hijo.

⁴⁹ RJA 1999, 6944.

⁵⁰ Este artículo registral podemos entenderlo en vigor desde el 15 de octubre de 2015, aunque no se declaró así expresamente por la Ley 19/2015, al establecer la entrada en vigor del artículo 44 LRC/2011, ya que de otro modo no tiene sentido la remisión contenida en éste (la entrada en vigor de la LRC/2011, todavía no vigente, se ha vuelto a retrasar hasta el 30 de junio de 2020).

Efectivamente, el artículo 45.3, LRC/2011 (modificado por la Ley 19/2015), establece que, aunque los progenitores están obligados a promover la inscripción de nacimiento, en caso de renuncia al hijo en el momento del parto, la madre no tendrá esta obligación, que será asumida por la entidad pública correspondiente

Que la madre no quiera hacerse cargo del nacido, puede ocurrir también cuando cumple voluntariamente el contrato de gestación por sustitución celebrado, y si en este caso se declarase al menor en situación de desamparo, a cargo de la entidad pública competente, no habría inconveniente ninguno en aceptar una publicidad restringida de la maternidad a cuyos derechos se renuncia. ¿Pero ha de ir siempre unida la renuncia materna a la intervención de la entidad pública competente en protección de menores? Desde luego, no se alentaría la gestación por sustitución si el nacido quedara en todo caso a cargo de la administración, pues con tal interpretación se impediría totalmente conseguir efectos similares a los pretendidos por las partes del contrato. Parece, además, por lo expuesto *supra* en relación con la obligación de inscribir el nacimiento a cargo de la entidad pública y la exoneración de la madre, que es el único supuesto en el que está pensando el legislador al prever esta renuncia materna. O, por lo menos, que el conocimiento por la entidad pública es imprescindible cuando la madre pretende renunciar a los derechos derivados de la filiación, lo que garantiza un adecuado control de la situación en que se halla el nacido, que puede calificarse como abandono o no en función de las circunstancias.

Desde una posición doctrinal más suave, semejante a la que inspira la doctrina registral sobre posible inscripción de los nacidos en el extranjero recurriendo a una gestación por sustitución, cabría interpretar que cuando el menor no se encuentre en situación de desamparo, a pesar de la renuncia materna, y responda a su interés superior la determinación de la filiación que por naturaleza le corresponda, la nulidad del contrato de gestación por sustitución no puede ser óbice para que tal filiación se determine a favor del comitente que también sea progenitor biológico. Para defender esta tesis debemos partir de la expresa admisión legal de que se determine la paternidad biológica, aunque el origen de esta paternidad sea un contrato nulo (artículo 10.3, LTRHA, si bien admite sólo una determinación judicial, obviamente más gravosa que una determinación extrajudicial), de la eficacia de un reconocimiento de paternidad como título de determinación extrajudicial de la filiación (artículo 124, CC), y de la necesaria ponderación del interés superior del menor en cualquier decisión que adopte una autoridad administrativa (artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor).

3. *Determinación de la filiación respecto de los comitentes del contrato de gestación subrogada*

Debemos tener en cuenta que la situación de desamparo no se dará necesariamente, aunque renuncie a sus derechos la madre que da a luz, si al inscribir el nacimiento es reconocido el nacido por el comitente que sea su progenitor biológico, según consta en la documentación que se presente ante el encargado del Registro (resolución judicial extranjera conforme con nuestro ordenamiento), y ese reconocimiento se admite como título eficaz de determinación de la filiación (en la RDGRN, 3a., de 6 de mayo de 2011, el comitente pretendió inscribir el reconocimiento de su paternidad sobre la menor nacida en India, y se denegó la inscripción remitiendo al proponente a la vía judicial).⁵¹ Ese reconocimiento de paternidad (artículo 120.2o., CC), realizado dentro del plazo para inscribir el nacimiento por el progenitor biológico, serviría en principio para determinar la paternidad sin necesidad de ningún consentimiento ni aprobación distinta a la mera asunción de paternidad (artículo 124.II, CC), pero debemos considerar que esta regla especial que favorece la inscripción del reconocimiento paterno se justifica por la inmediatez de la declaración del padre y la facultad que se reconoce a la madre de suspender la eficacia de la inscripción registral en el plazo de un año; si la madre ejerciera este derecho, el reconocimiento sólo podría recobrar eficacia con la aprobación judicial. Evidentemente, es difícil sustentar la eficacia automática de un reconocimiento paterno en una previa determinación de la maternidad a la que renuncia la madre, que es lo que ocurre en la gestación subrogada. Sólo si el reconocedor es el progenitor biológico, porque así consta en una resolución judicial extranjera obtenida con las debidas garantías, estaría justificado conceder valor a este reconocimiento como título de determinación legal de la filiación.

Determinada la paternidad por naturaleza, se podría instar la adopción del nacido por el cónyuge o la pareja (no biológicos), con independencia de su sexo (pasando por el filtro judicial correspondiente). En el caso de que la mujer comitente sea la progenitora genética porque aporte el gameto femenino (y así conste en la documentación auténtica presentada), también

⁵¹ JUR 2012\114782. Aunque la DGRN no entra a valorar pruebas biológicas cuando se trata de determinar extrajudicialmente una filiación, en este caso en que no estaría determinada la maternidad sólo podemos aceptar la determinación de la filiación del comitente, si a su vez es progenitor (aunque esto no garantiza que sea un buen padre para el menor); sin vínculo genético entre el nacido y quien le reconoce, con previa renuncia a la maternidad, sería absolutamente irresponsable permitir la determinación de una filiación por naturaleza, no adoptiva.

podría reconocer su maternidad, si admitimos a su vez que podría reclamar judicialmente el establecimiento de su maternidad (lo que es de entrada dudoso, pues el artículo 10.3, LTRHA, sólo contempla la reclamación judicial de la paternidad). Se trataría, en consecuencia, de defender un doble reconocimiento de la filiación biológica, tanto *a patre* como *a matre*, partiendo de la previa renuncia a los derechos derivados de la filiación de la madre gestante. Si continuamos tirando del hilo, ¿podría llegar a defenderse que, tras la determinación de la maternidad de la madre genética por reconocimiento inmediatamente posterior al nacimiento, podría presumirse la paternidad del marido *ex* artículo 116, CC (fuera o no progenitor biológico)? Si se respondiese afirmativamente, todavía quedaría una pregunta por resolver: el previo consentimiento del marido a la gestación por sustitución con semen de donante ¿blindaría o no su paternidad frente a una acción de impugnación por defecto de veracidad? Probablemente habría que decir que no, pues lo único que admite el artículo 10.3, LTRHA, es la determinación de la filiación biológica. Y esta respuesta debería conducir a dar también una negativa a la anterior pregunta: no puede presumirse la paternidad del marido si no ha aportado los gametos, pues a la excepcionalidad de la solución (estamos partiendo de una práctica no querida por el ordenamiento, que considera nulo el contrato) se uniría que esto sería contrario a la necesaria estabilidad del estado civil.

¿Estas conclusiones sobre determinación de la filiación derivada de una gestación por sustitución fundada en las reglas legales, pero no en la voluntad expresada en un contrato considerado nulo, son socialmente asumibles hoy en día? El interés del menor puede quedar suficientemente protegido, pues se le garantiza su cuidado por quienes tienen derecho a reclamar que se determine su filiación con el control de la entidad pública competente para la protección de menores. Y son conclusiones que satisfacen parcialmente a todos los que defienden la gestación por sustitución. Pero abren una vía a favor de la gestación por sustitución, sin regulación específica que permita proteger otros intereses en juego (fundamentalmente el de las mujeres gestantes). Autorizada doctrina sólo considera posible la determinación judicial de la paternidad biológica, de acuerdo con el artículo 10.3, LTRHA, y posterior adopción por la pareja/cónyuge, quedando entretanto el menor a cargo de los comitentes, en su “núcleo familiar” (con lo que se viene a reconocer que la familia del menor ya está constituida antes de la determinación de la filiación por los cauces correctos).⁵²

⁵² Barber Cárcamo (2012: 2946-2947).

En relación con la regla dispuesta por el artículo 10.3, LTRHA, que permite la determinación judicial de la paternidad que coincida con la verdad biológica conforme a las reglas generales, quedan algunos supuestos problemáticos sin resolver:

- i) ¿Podrá determinarse judicialmente la maternidad biológica si el óvulo procede de la comitente, y no de la gestante? La respuesta a esta pregunta parece que ha de ser necesariamente negativa si no consta una previa renuncia de la mujer gestante a los derechos derivados de la maternidad, pues no pueden quedar determinadas dos maternidades contradictorias (artículo 113.II, CC; esto no ocurre, obviamente, cuando se determina la paternidad biológica).⁵³ Pero en caso de renuncia de la madre gestante, no veo inconveniente en que quede determinada judicialmente la maternidad de la mujer comitente que ha aportado el óvulo para la generación del hijo (aunque no se prevea por el artículo 10.3, LTRHA, esta acción encaja sin problemas en los artículos 131 y 133, CC, pues la verdad biológica en que se inspiran estos artículos se corresponde con la genética).⁵⁴
- ii) ¿Tiene encaje legal el caso en el que ninguno de los padres de intención sea progenitor biológico? Creo que sólo recurriendo a la adopción del nacido podrá determinarse a su favor la filiación.⁵⁵ No me parece que pueda sostenerse la tesis, apuntada por algún autor,⁵⁶ favorable a una determinación judicial de la paternidad (maternidad) que no es biológica, sino sólo de intención, con fundamento en la posesión de estado y de acuerdo con la doctrina sentada por las SSTS de 5 de diciembre de 2013 y 15 de enero de 2014, en relación con la doble maternidad de la esposa (o pareja) de la madre gestante. Es el riesgo de las doctrinas excepcionales creadas *ad hoc* para resol-

⁵³ No admitir esta maternidad legal sería contrario a derechos fundamentales del menor, apuntan con dudas García Rubio/Herrero Oviedo (2018: 83).

⁵⁴ Con más confusión parece admitirlo también la Instrucción DGRN de 14 de febrero de 2019, y esto se ha interpretado como un exceso que ha motivado la sustitución de la Instrucción (Andreu Martínez, 2019: 76).

⁵⁵ En el *asunto Paradiso y Campanelli*, esta circunstancia se ha tenido en cuenta por la Gran Sala del TEDH para entender que el Estado italiano no ha vulnerado el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos al separar a un bebé de seis meses, nacido en Rusia, de sus padres de intención para ser adoptado por otra pareja.

⁵⁶ García Alguacil (2017: 75).

ver casos excepcionales, pero que no son doctrinas adecuadas para la generalidad de los casos por su heterodoxia.⁵⁷

V. DECISIONES JUDICIALES SOBRE ADOPCIÓN DE LOS NACIDOS, MEDIANTE GESTACIÓN SUBROGADA, POR EL CÓNYUGE O PAREJA DEL INSCRITO COMO PADRE

Como hemos visto, en todos aquellos casos en que no resulta posible inscribir la paternidad o maternidad del comitente o de la comitente españoles, porque no consta en una resolución judicial extranjera obtenida con las debidas garantías, la pareja o cónyuge de quien sí ha sido inscrito como padre en el Registro Civil español puede iniciar un procedimiento judicial de adopción del nacido. Se trata de un procedimiento de jurisdicción voluntaria (regulado por la Ley 15/2015, de 2 de julio, artículos 33 a 39), en el que el juez que decide si se constituye o no la adopción tendrá en cuenta siempre el interés del adoptando, y la idoneidad del adoptante para el ejercicio de la patria potestad (artículo 176.1, CC). Pero la adopción no es automática, y pueden imaginarse diversos escenarios en los que no llegarán a buen puerto, como comprobamos en la práctica de nuestros tribunales. Por este motivo, los que se consideran padres del nacido por gestación subrogada se resisten a la exigencia de adopción para que se determine legalmente su filiación: la adopción del hijo del cónyuge o de persona unida al adoptante por análoga relación de afectividad a la conyugal no necesita propuesta previa de la administración (como sí requiere la adopción de menores desamparados), pero aunque iniciar el proceso depende exclusivamente de la voluntad del adoptante, y en su caso, del adoptando si tiene más de 12 años —pues también debe consentir la adopción— (véase artículos 176.2.2a., 177.1 y 177.2.1o.,

⁵⁷ Sobre esta doctrina jurisprudencial, véase Quicios Molina (2014: 56-70). Podemos preguntarnos qué valor tendrá en España la existencia de posesión de estado de una filiación basada en un contrato de gestación por sustitución (recordemos que esa posesión de estado puede funcionar como título de legitimación de la filiación —artículo 113, CC— o como circunstancia que convierte en imprescriptible la acción de reclamación de la filiación —artículo 131, CC—). Siendo estrictos con los efectos de la nulidad declarada por el artículo 10.1, LTRHA, podría defenderse que no tiene ningún efecto (en Francia se intentó en un caso inscribir la filiación a favor de los esposos comitentes a partir de un acta de notoriedad de posesión de estado de filiación legítima, lo que fue rechazado por la Corte de Casación con el argumento de que no puede fundarse una posesión de estado en un contrato nulo —Sentencia núm. 371, de 6 de abril de 2011—). Sin embargo, no creo que la posesión de estado sea un efecto del contrato, sino una situación de hecho que desplegará los efectos oportunos en orden a la determinación o acreditación de la filiación correspondiente (que, insisto, puede determinarse a pesar de la nulidad del contrato).

CC), se necesita el asentimiento de los progenitores (el otro cónyuge y la madre gestante) y puede denegarse la solicitud en interés del menor. La voluntad de las personas es voluble, y el paso del tiempo en las relaciones personales puede ser dramático.

¿Es la adopción del nacido una alternativa razonable a la inscripción automática de una certificación extranjera en la que consta la paternidad y maternidad de los comitentes? Permite proteger mejor el interés superior del menor, en mi opinión, pero la práctica de los tribunales nos deja varios supuestos en los que no se aprueba la adopción: en unos casos porque el progenitor biológico, posteriormente separado de su esposa, no consiente la adopción; en otros porque se aplica indebidamente la norma que prohíbe adoptar a un descendiente, y un tercer grupo de casos en que no se acredita el asentimiento de la madre gestante a la adopción después del nacimiento.

Son muy interesantes el Auto AP La Rioja núm. 44/2017, de 2 de mayo (JUR 2017, 190039) o el Auto AP Soria núm. 201/2018, de 21 de mayo (JUR 2018, 242438), en casos en que el matrimonio se había separado después del nacimiento y el marido se opone a la adopción por la esposa. En el segundo caso, el interés superior del menor es evidente que reside en la determinación de la filiación adoptiva de la esposa comitente de un contrato de gestación subrogada celebrado en Tailandia, pues tras la separación conyugal el padre biológico (cuya paternidad sí había quedado determinada por esto) no pide la custodia del niño, pero se opone a que sea adoptado por quien ejerce, en definitiva, una guarda de hecho ratificada por la sentencia de divorcio que le atribuye la custodia del niño (la Audiencia Provincial, con buen criterio, entiende que en estas circunstancias el padre no está legitimado para oponerse a la adopción). Fijémonos también en el caso del AAP Asturias, sección 4a., núm. 87/2018, de 24 de julio (JUR 2018, 300256), tremendamente frustrante para la mujer que, junto con su esposo, recurre a una gestación subrogada para conseguir ser padres. Un matrimonio de españoles residentes en Alemania celebra en Ucrania un contrato de gestación subrogada, y en el certificado de nacimiento de los niños constan como progenitores el marido y la mujer gestante; en el Registro Civil español se inscriben los niños como hijos del marido, padre biológico. La esposa convive seis meses con los niños y su marido, pero éste abandona el hogar familiar con los pequeños, antes de que la esposa pueda adoptarlos. El marido había prestado su consentimiento anticipado e irrevocable a la adopción de los niños por su esposa, pero tras la separación se opone a dicha adopción y evita todo contacto entre los pequeños y su exmujer (consta en autos que el padre mantiene otra relación sentimental desde hace dos años). El expediente de adopción concluye con el rechazo de la solicitud de la esposa,

invocando la Audiencia el interés superior del menor, porque se ha roto la familia en que podrían estar integrados los niños, y sólo se generaría tensión a su alrededor debido a la complejidad de las circunstancias del caso; ningún núcleo afectivo se ha creado con la suficiente solidez como para mantenerlo en el futuro a pesar de la separación de los cónyuges (recuerda la Audiencia que el artículo 175.5, CC, admite la adopción por quienes estaban casados cuando se constituyó la guarda con fines de adopción o el acogimiento de un menor, pero la convivencia ha debido durar dos años).

El Auto AP Badajoz núm. 144/2018, de 29 de octubre (JUR 2019, 69596), y el Auto AP Granada núm. 183/2018, de 16 de noviembre (JUR 2019, 239909), se dictan en casos en que se había resuelto que la esposa, que figura como madre en la inscripción ucraniana, no podía adoptar a su propio hijo (el Ministerio Fiscal se opone a estas adopciones). La práctica de los tribunales nos ofrece otro caso en que a la esposa del padre biológico le costó adoptar a la niña nacida en Ucrania por gestación subrogada, pues en primera instancia el Juzgado consideró que la solicitante ya consta como madre en la certificación ucraniana y no cabe la adopción de un descendiente (artículo 175.3.1o., CC). Pero como alega la solicitante, esa maternidad de la comitente que consta en el certificado de nacimiento ucraniano, junto con la paternidad biológica, no tiene efectos en España, y por esto tiene que recurrir a la adopción. Afortunadamente, la SAP Murcia, sección 4a., núm. 91/2019, de 31 de enero (JUR 2019, 71777), deshizo el entuerto y declaró que se cumplen todos los requisitos para que la adopción se constituya en interés de la menor (la gestante había prestado su consentimiento a la adopción pasadas seis semanas después del nacimiento), en particular no hay dato alguno “para dudar de su idoneidad como adoptante, dado que forma parte de una unidad familiar estable, integrada por el padre de la menor, ora hija común con la adoptante y ella misma, con recursos económicos acreditados y adecuados para la atención de la menor y sin que se haya cuestionado ni conste dato alguno en contrario”.

En tercer lugar, un obstáculo muy problemático a esta adopción es el asentimiento de la madre gestante como progenitora del adoptando (artículo 177.2.2a., CC), pues debemos partir de la premisa de que la maternidad se determina por el parto (artículos 120.5o., CC, y 10.2, LTRHA), y la madre no puede prestar válidamente este consentimiento a la adopción por anticipado; incluso hay que esperar seis semanas desde el parto para que sea válido el asentimiento de la madre (artículo 177.2.2a., CC). ¿Qué efectos tiene la renuncia de la mujer gestante a su maternidad, en un proceso de adopción? Se ha denegado la solicitud de adopción, realizada por el varón que convive con el padre biológico, porque no constaba el asentimiento de

la madre gestante pasadas seis semanas desde el parto, por el AAP Barcelona, sección 18a., núm. 565/2018, de 16 de octubre (JUR 2018, 290468). Concluye la Audiencia en este caso que

aun atribuyendo efectos a la inscripción registral de la paternidad, no constando suficientemente acreditado que la madre gestante tuvo la oportunidad de ser oída en un proceso contradictorio, con plenas garantías a sus derechos y que su renuncia o consentimiento a la adopción ha sido prestado con libertad y conocimiento de las consecuencias presentes y futuras de su decisión para ella y para los hijos, no nos encontraríamos ante el asentimiento [exigido por la ley].

VI. BIBLIOGRAFÍA

- ARECHEDERRA ARANZADI, Luis I. (2018), *No se alquila un vientre, se adquiere un hijo (La llamada gestación por sustitución)*, Pamplona, Thomson Reuters-Aranzadi.
- ATIENZA, Manuel (2017), “La gestación por sustitución. La ley española no prohíbe esta práctica ni establece sanción alguna contra ella”, *El País*, 4 de mayo de 2017.
- BALAGUER, Ma. Luisa (2017), *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado social*, Madrid, Cátedra.
- BARBER CÁRCAMO, Roncesvalles (2012), “La legalización administrativa de la gestación por sustitución en España (crónica de una ilegalidad y remedios para combatirla)”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 739.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (2014), Discurso de Incorporación al Claustro de Doctores de la Universidad de León.
- Comité de Bioética de España (2017), Informe sobre los Aspectos Éticos y Jurídicos de la Maternidad Subrogada.
- COSTA-LASCAUX, Jacqueline (1993), “Mujer, procreación y bioética”, en DUBY, G. et al. (dirs.), *Historia de las mujeres en Occidente*, Madrid, Taurus, vol. 5.
- FARNÓS AMORÓS, Esther (2017), “¿Debe permitirse la gestación por sustitución en España? Estado de la cuestión y algunas reflexiones”, en CASADO, María (coord.), *De la solidaridad al mercado. El cuerpo humano y el comercio biotecnológico*, Barcelona, Universidad de Barcelona.
- Fundación Garrigues-FIDE (2018), Propuesta de Reforma de la Regulación Española sobre Inscripción de Relaciones de Filiación constituidas en el Extranjero mediante Gestación Subrogada, Madrid, 1 de octubre de 2018.

- GARCÍA ALGUACIL, Ma. José (2016), “¿Injerencia injustificada del Estado en la determinación de la filiación o de la autonomía de la voluntad en las relaciones familiares”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 5.
- GARCÍA ALGUACIL, Ma. José (2017), “Las claves de la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014”, en TORRES GARCÍA, Teodora (dir.), *Construyendo la igualdad. La feminización del derecho privado. Carmona III*, Sevilla, Tirant lo Blanch-Universidad Pablo de Olavide.
- GARCÍA RUBIO, Ma. Paz y HERRERO OVIEDO, Margarita (2010), “Maternidad subrogada: dilemas éticos y aproximación a sus respuestas jurídicas”, *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, Universidad de Granada, núm. 52.
- GONZÁLEZ CARRASCO, Ma. Carmen (2017), “Gestación por sustitución: ¿regular o prohibir?”, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Universidad de Castilla-La Mancha, núm. 22.
- HEREDIA CERVANTES, Iván (2013), “La Dirección General de los Registros y del Notariado ante la gestación por sustitución”, *Anuario de Derecho Civil*, Ministerio de Justicia-BOE, t. LXVI, fasc. II.
- HEREDIA CERVANTES, Iván (2014), “Inscripción de relación de filiación derivada del recurso a gestación por sustitución en el extranjero”, *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 96.
- HUALDE MANSO, Teresa (2012), “De nuevo sobre la filiación de los nacidos mediante gestación contratada”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10.
- IGAREDA GONZÁLEZ, Noelia (2018), “La gestación por sustitución: género, derecho y autonomía reproductiva”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- JEREZ DELGADO, Carmen (2018), “La autonomía de la voluntad en derecho de familia: la gestación por sustitución, entre el ámbito de lo privado y el orden público internacional (a propósito de la Sentencia del TEDH de 24 de enero de 2017)”, en RUDA, A. y JEREZ, C. (dir.), *Estudios sobre jurisprudencia europea*, Sepin Editorial Jurídica.
- LAMM, Eleonora (2012), “Gestación por sustitución”, *Indret*, Barcelona, julio/2012.
- LAMM, Eleonora (2018), “Gestación por sustitución y género: repensando el feminismo”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- NAVARRO MICHEL, Mónica (2018), “La gestación por sustitución, ¿debe ser regulada? Y, en su caso, ¿cómo?”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El*

- cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- PALOP, Ma. Eugenia (2018), “Argumentos contra la gestación por sustitución”, en GARCÍA MANRIQUE, R. (coord.), *El cuerpo diseminado. Estatuto, uso y disposición de los biomateriales humanos*, Thomson Reuters.
- PANIZA FULLANA, Antonia (2017), *Realidad biológica versus realidad jurídica: el necesario replanteamiento de la filiación*, Thomson-Reuters Aranzadi.
- PÉREZ FUENTES, Gisela María *et al.* (2017), *La maternidad subrogada*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch.
- QUICIOS MOLINA, Susana (2014), *Determinación e impugnación de la filiación*, Thomson Reuters-Aranzadi.
- QUICIOS MOLINA, Susana (2019), “Regulación por el ordenamiento español de la gestación por sustitución: dónde estamos y hasta dónde podemos llegar”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 1.
- ROCA TRÍAS, Encarna (2015), “*Dura Lex Sed Lex*. O de cómo integrar el interés del menor y la maternidad subrogada”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, año 69, núm. 2179.
- SALAS CARCELLER, Antonio (2017), “Gestación subrogada. Hacia una ley reguladora”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 10.
- VAQUERO PINTO, Ma. José (2018), “¿Debe admitirse y regularse la gestación por sustitución?”, en BARBER, R. *et al.* (coord.), *Retos actuales de la filiación*, Madrid, Tecnos.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2012), *La maternidad subrogada: estudio ante un reto normativo*, Comares.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2015), *Gestación por encargo: tratamiento judicial y soluciones prácticas. La cuestión jurídica de las madres de alquiler*, Reus.
- VELA SÁNCHEZ, Antonio J. (2018), “A propósito de la STC portuguesa núm. 225/2018, de 24 de abril”, *Diario La Ley*, núm. 9237.
- VERDA Y BEAMONTE, José Ramón de (2018), “La filiación derivada de las técnicas de reproducción asistida en España”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, Instituto de Derecho Iberoamericano, núm. 8, febrero de 2018.
- VERDERA SERVER, Rafael (2016a), *La reforma de la filiación. Su nuevo régimen jurídico*, Tirant lo Blanch.
- VERDERA SERVER, Rafael (2016b), “Ser padre”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 3o.
- VILAR GONZÁLEZ, Silvia (2018), *La gestación subrogada en España y en el derecho comparado*, Bosch Wolters Kluwer.

CAPÍTULO OCTAVO

UNA APROXIMACIÓN CRÍTICA AL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO*

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *La difícil identificación del interés superior del niño*. III. *Límites del interés superior del niño*. IV. *Conclusiones*. V. *Bibliografía*.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo encuentra su origen en mi participación en la “Jornada hispano-mexicana sobre filiación, responsabilidad parental e interés superior del menor”, celebrada en el marco del proyecto de investigación “La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores”,¹ el 25 de mayo de 2019, en la que debido a un problema de fuerza mayor tuve que asistir por videoconferencia. No quiero dejar de agradecer a Ricardo Méndez Silva su amable presentación —quien fue mi mentor las últimas veces que estuve en México, y que mucho me ayudó en la investigación que desarrollé en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM durante mi estancia de 2013—.

Debo comenzar afirmando que soy una firme defensora del interés superior del niño (en adelante, ISN), aunque, como indicaré más adelante, considero que debemos realizar una aproximación crítica a un principio/derecho al que hasta ahora nos hemos acercado desde un cierto “buenis-

* Una versión preliminar y reducida de este trabajo, titulada “El interés superior del niño y sus límites”, se ha enviado para la consideración de su publicación en la *Revista Electrónica del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales “Ambrosio L. Gioja”*, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Financiado por: Mineco-Feder; convocatoria: 2015; referencia: DER2015-69261-R; investigadora principal: Susana Quicios Molina.

mo”. Se trata de un concepto jurídico cuyo germen se ubica en la Sentencia Blissets, 1774.² Dos siglos más tarde, la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos del niño (en adelante, la Convención), supuso un gran avance al incorporar el ISN para la concepción, interpretación y aplicación de cuantas medidas pudieran afectarles.³ Ciertamente es que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (resolución 1386-XIV de la Asamblea General de Naciones Unidas), contenía el ISN en los principios segundo y séptimo en relación a la actividad legislativa estatal y acerca de los responsables de su “educación y orientación”, respectivamente. Sin embargo, el texto que consolidó internacionalmente, y provocó la expansión material del ISN hasta alcanzar a todos los derechos del niño,⁴ fue la Convención⁵ que expresamente se refiere a él en siete ocasiones, siendo la principal el artículo 3.1, al proclamar que todas las medidas que puedan afectar a los niños “que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. De esta redacción derivan tres tipos de obligaciones para los Estados parte en la Convención (en mayo de 2019 son 196), de acuerdo con lo establecido en la Observación General Número 14, del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (en

² Sentencia que puede verse en 98, Eng. Rep. 899 (K.B. 1774) (Mansfield, C. J.), y un análisis de la misma entre otros en: Laing Klaff, R., “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, vol. 70, núm. 2, 1988, pp. 335 y ss.

³ Los niños eran titulares de los derechos humanos, en tanto que personas, salvo de aquellos que, como los derechos políticos, se encuentran reservados para los adultos, aunque su interés superior no se reflejaba claramente en las normas vigentes hasta ese momento. La Declaración Universal de los Derechos Humanos sólo se refiere expresamente a los niños, cuando alude al especial cuidado y asistencia debidos a la maternidad y la infancia (artículo 25.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), antes de ella la Declaración de Ginebra de 1924 no incorporaba derechos de los niños sino deberes respecto de ellos.

⁴ Lora, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suarez, 2006, pp. 479 y ss.

⁵ Hay otros textos internacionales que tienen por objeto la protección de la infancia, como las Reglas de Beijing (Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, que pueden consultarse en <https://www.unicef.org/panama/spanish/7972.htm>), o las Directrices de Riad (Directrices de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, disponibles en <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/PreventionOfJuvenileDelinquency.aspx>), pero a diferencia de la Convención, estos textos carecen de efectos jurídicamente vinculantes para los Estados. También contamos con otros textos de naturaleza convencional que, con carácter sectorial, incorporaban este principio, como la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación de la Mujer, cuyo artículo 16.1.d) establece que “los intereses de los hijos serán una consideración primordial”.

adelante, el Comité), sobre el Derecho del Niño a que su Interés Superior sea una Consideración Primordial (parágrafo 14):

- a) Garantizar que el ISN se integra de manera adecuada y se aplica sistemáticamente en todas las medidas de las instituciones públicas;
- b) Velar por que todas las decisiones, las políticas y la legislación relacionadas con los niños han de tener como fundamento su interés superior, de modo que habrán de motivarse conforme a él; y,
- c) Velar para que en todos los casos en los que las decisiones potencialmente afecten a un niño (sea directa o indirectamente) se adoptarán teniendo como consideración primordial el interés superior de éste. Además, ese interés no sólo ha de orientar las decisiones a adoptar, sino también implica que todas ellas han de estar fundamentadas en el interés del niño y motivarse desde esta perspectiva.

El resto de las menciones contenidas en la Convención son concreciones de la formulación del artículo indicado (3.1) en aspectos específicos (artículos 9.1, 9.3, 18.1, 21 o 37). Además, de la redacción del artículo 3 de la Convención se desprende la necesaria ponderación, o lo que es lo mismo, que “el interés del menor entra en un término comparativo/ponderativo con los intereses de otros sujetos implicados en el litigio de que se trate”,⁶ que produce como resultado la prevalencia o la consideración del interés del niño como superior a otros que pudieran estar en juego. Así lo proclama la legislación española desde el verano de 2015, al expresar el artículo 2.4, que “En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el ISN sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”.⁷

En consecuencia, se amplía exponencialmente el ámbito de aplicación del ISN que, en palabras de Liborio Hierro, “se convierte ahora en un principio que inspira el reconocimiento jurídico de los derechos de los niños y

⁶ Belloso, N., “La concreción del interés superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X, 2017, pp. 1 y ss. El texto transcrito se encuentra en la página 17.

⁷ Se trata de la modificación producida por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de Modificación del Sistema de Protección a la Infancia y a la Adolescencia, publicada en *Boletín Oficial del Estado*, núm. 175, 23 de julio de 2015; en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil, y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que ha producido el texto actualmente vigente de este último texto.

los dota de una especial jerarquía en caso de conflicto con otros derechos”.⁸ Por otra parte, su incorporación en los ordenamientos nacionales deriva de la Convención, motivo por el cual el Comité, en sus observaciones finales a los informes a los Estados directa o indirectamente, evidencia su preocupación en este punto.⁹

El ISN es un principio y un derecho subjetivo, impuesto por la Convención, que ha sido acogido y desarrollado en ambos lados del Atlántico por sus respectivos sistemas regionales de protección de derechos humanos. En la Unión Europea (UE), la incorporación del ISN en los ordenamientos estatales se reitera en la Carta de Derechos Fundamentales, cuyo artículo 24.2 se expresa en términos muy similares a los de la Convención.¹⁰ En cuanto al Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) desprende su presencia de la redacción del artículo 19 de la Convención americana (“Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”). Formulación de la que la Corte IDH ha entendido que el ISN se traduce en la protección especial reforzada que todos los derechos deben tener cuando se refieren a niños y niñas.¹¹ En el caso de Mé-

⁸ Hierro Sánchez-Pescador, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos”, en varios autores, *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos*, Madrid, Unicef-AECID, 2015, p. 24.

⁹ En el caso de México, véanse las Observaciones finales sobre los informes presentados por México en virtud del artículo 44 de la Convención, de 8 de junio de 2006 (Doc. CRC/C/MEX/CO/3), especialmente apartados 25 y 26, donde se afirma la preocupación del Comité por el hecho de que “en la legislación y las políticas nacionales no se preste la debida atención al principio del interés superior del niño y que la población tenga escasa conciencia de la importancia de ese principio”. En relación con España, véanse las Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, de 5 de marzo de 2018 (Doc. CRC/C/ESP/CO/5-6), parágrafo 16, en el que se establece la preocupación por la aplicación desigual del derecho al ISN en las comunidades autónomas.

¹⁰ El artículo 24.2 de la Carta de Derechos Fundamentales establece “En todos los actos relativos a los menores llevados a cabo por autoridades públicas o instituciones privadas, el interés superior del menor constituirá una consideración primordial” (lo mismo que dice, por otra parte, la Constitución mexicana). Por su parte, en el apartado precedente, el artículo 24.1 indica: “Los menores tienen derecho a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar. Podrán expresar su opinión libremente. Ésta será tenida en cuenta en relación con los asuntos que les afecten, en función de su edad y de su madurez”.

¹¹ Así, en el caso de la *Masacre de las dos erres vs. Guatemala*, parágrafo 184 (sentencia de 24 de noviembre de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_211_esp.pdf), o en el caso de las niñas *Yean y Bosico contra República Dominicana*, parágrafo 134 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_130_esp.pdf), o en la Opinión Consultiva OC 17/02 sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, p. 41 (disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf).

xico, “el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial” ha sido reconocido constitucionalmente (artículo 40).¹²

Sin embargo, la expresión del ISN provoca algunos problemas que la Observación General Número 14 del Comité no consiguió despejar, como la triple naturaleza de la que se le dota, la multiplicidad de sus titulares, la indeterminación del concepto, su identificación, así como la posible existencia de límites. En relación al primero de ellos, la Observación afirmó que nos encontramos ante un derecho sustantivo de los menores de edad, “un principio jurídico interpretativo fundamental”, y “una norma de procedimiento” (parágrafo 6), además de ser el fundamento de la propia Convención. Todo esto, unido a que se trata de un concepto jurídicamente indeterminado (lo que deriva de su “volatilidad”, en palabras de S. Rodríguez Jiménez¹³ —al que hay que dotar de contenido, ponderando las circunstancias concretas del caso en presencia—) y dinámico, adaptable a la solución a las necesidades actuales del niño, por lo que han de ser medidas revisables o reajustables a la modificación de las necesidades, pero manteniendo la necesaria estabilidad que requiere el menor.

El segundo de los problemas se encuentra en la identificación de ese interés, aspecto en el que me voy a centrar en este trabajo, en un primer momento, para pasar posteriormente a la cuestión de su alcance, con el propósito de identificar si es un concepto absoluto o no, y en este último caso, cuáles son sus límites.

II. LA DIFÍCIL IDENTIFICACIÓN DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Con todos los problemas que pueda tener la identificación del ISN, no podemos cometer errores al determinarlo. Sabido es que las experiencias vividas durante la niñez determinan no sólo la personalidad sino también las capacidades de la persona para el futuro.¹⁴ Según la Corte IDH, el ISN debe

¹² Pese a esto, el Comité “expresa preocupación por la información según la cual en la práctica no se ha respetado sistemáticamente este derecho”. Véase parágrafo 17 de las Observaciones finales sobre los informes periódicos cuarto y quinto combinados de México, de 3 de julio de 2015, CRC/C/MEX/CO/4-5.

¹³ González Martín, N. y Rodríguez Jiménez, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011, pp. 22 y ss., así como en Rodríguez Jiménez, S., “El principio del interés superior del menor”, *Letras Jurídicas*, núm. 16, primavera de 2013, p. 5.

¹⁴ Recordemos en este punto la decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 8 de marzo de 2007, *Thiermann y otros c. Noruega* (núm. 18712/03), en el que los demandantes que habían pasado por un centro del proyecto Lebensborn percibían prestaciones

interpretarse como “la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad”.¹⁵ En consecuencia, un error en su identificación puede afectar al disfrute del resto de derechos de los que es titular el menor afectado.¹⁶

Siendo evidente lo anterior, es imposible omitir los riesgos que derivan de la suma de la volatilidad del “ISN” y su prevalencia en la ponderación respecto de cualquier otro interés en presencia, lo que nos conduce a la necesidad de concretar o limitar este concepto, para evitar, como indica C. Madrigal, “que llegue o pueda llegar a no significar absolutamente nada”.¹⁷ Otro de los problemas que se suscitan, como indica A. Díez Ojeda deriva del hecho de que “se han cometido y aún se cometen algunos abusos invocando el INS”,¹⁸ riesgo que merece la pena correr a la vista de las consecuencias de no considerarlo adecuadamente.

En la identificación del ISN —en cada caso particular—, hemos de tener en cuenta —entre otras cuestiones— el relativismo de la concreción

por discapacidad psíquica, debido precisamente a las experiencias sufridas a lo largo de su infancia. Sobre esta cuestión, véase Torrecuadrada, S., “Los derechos humanos de los hijos de los soldados alemanes tras la Segunda Guerra Mundial. El caso de Noruega”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, núm. 35, 2019, pp. 181 y ss.

¹⁵ Es la Sentencia de 24 de noviembre de 2009, en el *asunto dos erres contra Guatemala*, párrafo 184.

¹⁶ En España, de entre los muchos casos que evidencian la relevancia de la correcta ponderación del ISN, indicaremos solo dos: el conocido como *caso del niño del Royo* y el *caso de Angela Rodríguez Carreño*. En el primero, se entrega un niño en acogimiento preadoptivo a sus padres biológicos, la madre con un trastorno bipolar y el padre una grave esquizofrenia (Informe Prodeni 2007). Desde entonces, la vida de este niño ha sido una sucesión de entradas y salidas a los centros de menores (disponible en <https://www.larazon.es/se-acuerda-del-nino-de-el-royo-su-odisea-continua-en-un-centro-de-menores-DD13546410>). El segundo versa sobre una pareja separada, con una hija asesinada por su padre, durante el régimen de visitas sin vigilancia, pese a las reiteradas solicitudes de la madre de protección a su hija (disponible en <https://juris.ohchr.org/Search/Details/1878>). Del mismo modo que en el caso anterior, no se consideró adecuadamente el interés superior de la niña afectada, vulnerándose de igual modo su derecho a ser escuchada (*id.*, párrafos 3.8, 3.9 y 3.13, entre otros). Este caso motivó que el defensor del pueblo (Recomendación de 19/11/2014) hiciera suya la recomendación del CEDAW en este punto.

¹⁷ Madrigal Martínez-Pereda, C., “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores. Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas, 29-31 de marzo de 2017, p. 16.

¹⁸ Díez Ojeda, A., “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en varios autores, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, vol. 2, pp. 25 y ss.

del interés al supuesto concreto o la relevancia del derecho a ser escuchado, junto con el procedimiento a seguir para adoptar la decisión, aspectos a los que dedicaremos las páginas siguientes.

1. *El relativismo*

El relativismo deriva de la singularidad de la evaluación del ISN, que ha de tener en cuenta el contexto en el que se desarrolla cada niño, grupo de ellos o la categoría de niños en general; lo que puede conducirnos a aplicar soluciones distintas en función de las circunstancias particulares del sujeto afectado. Siempre hemos de justificar la adopción de la decisión en el ISN, aunque la naturaleza de concepto jurídico indeterminado produce un margen de apreciación susceptible de un riesgo real de subjetividad por el órgano decisor.

Acerca de la relevancia del contexto y los prejuicios derivados de algunas situaciones, contamos con el ejemplo del *caso Atala Riffo y niñas vs. Chile*, en el que la Corte IDH estableció que, en las circunstancias concretas del caso, no se había probado que la convivencia de las niñas con su madre y su nueva pareja (otra mujer) pudiera afectarles negativamente. Afirmación de la que no puede extraerse una enseñanza general, pues si los informes de los peritos evidenciaron esa afectación, la solución del juez, en aras al ISN, sería distinta.

En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH)¹⁹ muestra soluciones diversas para dos casos objetivamente similares, en los que el padre biológico solicita ejercer el derecho de visita de su hijo cuyo padre legal es el esposo de la madre, lo que la legislación alemana vigente no permite. El hecho diferencial, identificado por el TEDH, es que en uno de ellos, el padre, es de origen africano, por lo que el ISN de los gemelos nacidos requería prevenir los posibles problemas que pudieran derivar del color de su piel, distinto al del resto de su familia y compañeros del colegio,²⁰ y la conveniencia de acceder a la solicitud pater-

¹⁹ El TEDH no se pronuncia sobre el ISN, porque no aparece en cuanto tal en el Convenio Europeo, y normalmente, cuando se ha hecho alusión a él, ha sido para reivindicar el derecho a una vida familiar (artículo 8). En este sentido, el TEDH sólo controla si los tribunales nacionales han hecho uso razonable de su margen de apreciación, y no vulneran los derechos reconocidos en el Convenio.

²⁰ Sentencia del TEDH, de 21 de diciembre de 2010, en el *asunto Anayo c. Alemania*, núm. 20578/07.

na. La ausencia del hecho diferencial, en el segundo caso, motiva la distinta solución,²¹ al no poder considerar el elemento determinante en el anterior.

El ISN es también el fundamento de la actividad legislativa, y en ocasiones, defienden soluciones opuestas. Así, en algunos códigos penales de Oriente Medio (Libia, Argelia, Palestina, Iraq, Siria o Baréin, por ejemplo) permiten eludir las penas de cárcel al violador o al secuestrador, si contraen matrimonio con su víctima.²² Cuando ésta es menor, la medida encuentra fundamento en el ISN, puesto que en las sociedades patriarcales, la violada se contempla como una “propiedad defectuosa” que con el matrimonio salva su honor y el de su familia, llegándose a afirmar que evita la prostitución. A pesar de esto, considero que el único interés que se protege con el mantenimiento de esta disposición (182 del Código Penal, en el caso de Kuwait) es el del agresor, quien evita la cárcel y dispone de la víctima en casa para su violación sucesiva y “legal”.

Además, el INS es un parámetro de interpretación de la norma aplicable. Así, el Tribunal de Justicia de la UE ha establecido que en un supuesto de tutela (concretamente, de *kafala*, véase *infra*), si bien el tutelado no es descendiente directo del tutor, y en consecuencia, no es miembro de su familia para los efectos de las normas de la UE, cuando los Estados miembros interpreten este concepto, para considerar el derecho de los familiares de un ciudadano de la UE a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, tal debe interpretarse a la luz de la Carta de Derechos Fundamentales (en concreto, artículos 7 y 24.2).²³ Es decir, al tener como parámetro interpretativo el ISN, si se demuestra que el tutor y el tutelado tienen una vida familiar efectiva, dependiendo el último del primero, debería verse alcanzado por los efectos de la norma.

2. *La relevancia del derecho a ser escuchado*

Un evidente instrumento para identificar el ISN es el derecho a ser escuchado (no simplemente oído), derecho autónomo del interés superior e instrumento de gran valor para la determinación de este último. De con-

²¹ Sentencia del TEDH, de 22 de marzo de 2012, en el *asunto Ahrens c. Alemania*, núm. 45071/09.

²² Véase, por ejemplo, las observaciones finales del Comité a Kuwait el Informe del Comité sobre el segundo informe periódico de Kuwait, aprobado en el 64o. periodo de sesiones, de 29 de octubre de 2013 (Doc. CRC/C/KWT/CO/), especialmente parágrafos 47 y 48.

²³ Sentencia del TJUE, de 26 de marzo de 2019, asunto C-129/18, S. M. y Entry Clearance Officer, UK Visa Section.

formidad con el Tribunal Constitucional español, nos encontramos ante un “derecho indisponible de los menores, como norma de orden público”.²⁴ Sin embargo, la opinión del menor interesado no vincula jurídicamente a quien ha de adoptar la medida que le afecta, pudiéndose apartar de ella si considera que con una posición diferente de la voluntad del niño se alcanza mejor su ISN. En este sentido, se asume que “no sean fiables los criterios del menor en cuestiones de índole racional, pero pueden serlo mucho más en las cuestiones no racionales, emotivas, afectivas, espirituales o más importantes en su personalidad presente y futura”.²⁵

Según Rivero Hernández, el efecto que derive de la expresión del niño, para la adopción de la decisión que le afecta, depende “de su autenticidad (es decir, que sean realmente suyos y no inducidos por otra persona), razonabilidad (coherencia, realizabilidad de sus deseos frente a idealismos y utopías) y conveniencia para el propio menor”,²⁶ cuya percepción puede ser cortoplacista y no atender a lo que le puede beneficiar a la larga. Por otra parte, obviamente la edad y madurez del niño es importante en el momento de la consideración de su manifestación de voluntad.

Por lo que se refiere a la autenticidad de la voluntad expresada, hay que tener en cuenta que el niño puede estar influenciado en mayor medida que un adulto por el contexto que le rodea, inducido por uno de sus progenitores o puede ser más una conveniencia que un interés real. En este sentido, hemos de tener en cuenta el síndrome de alienación parental,²⁷ concepto controvertido a considerar en disputas por la custodia de los hijos. Si el tribunal concluyese que la voluntad del niño puede estar fundamentada en este síndrome, estaríamos ante un vicio de la voluntad, lo que debe repercutir sobre el efecto de lo expresado por el menor en ejercicio de su derecho a ser escuchado.

Si, por el contrario, el ejercicio de este derecho reúne las condiciones necesarias, aunque no sea formalmente vinculante esta expresión de voluntad, posee un valor especial frente al resto o es un elemento más. En este punto, entiendo que si lo que buscamos es el ISN, y el niño ha actuado con

²⁴ Sentencia 64/2019, del Tribunal Constitucional español de 9 de mayo, publicada en el *Boletín Oficial del Estado*, núm. 138, de 10 de junio de 2019.

²⁵ Madrigal Martínez-Pereda, C., *op. cit.*, p. 27.

²⁶ Rivero Hernández, F., *El interés superior del menor*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007, p. 202.

²⁷ Gardner, R. A., “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2, 1985, pp. 3-7; o más recientemente, Alascio Carrasco, L., “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI núm. 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, *Indret*, Barcelona, 1/2008, p. 2.

madurez y responsabilidad, deberá concedérsele ese especial valor, aunque en último término deberá ser el órgano decisor quien lo determine.

3. *Situaciones distintas del derecho de familia*

Es en el ámbito del derecho de familia en el que encontramos un mayor número de decisiones fundamentadas en el ISN, aunque tras la Convención se ha extendido a otros ámbitos materiales, de los que en estas páginas sólo me referiré a dos de ellos: uno, la migración; dos, en los procesos penales.

En la actualidad, en Europa se ha incrementado exponencialmente el número de menores que se desplazan tanto no acompañados como junto a sus familias. La aplicación del ISN implica que la consideración de los niños como menores ha de primar sobre su situación jurídica como personas en situación irregular,²⁸ lo que no es frecuente si tenemos en cuenta la jurisprudencia del TEDH. Así, por ejemplo, sobre el ingreso en centros de internamiento de extranjeros, ha establecido que “la protección del interés superior del menor implica, mantener a la familia junta, en la medida de lo posible, y considerar además alternativas que hagan que la detención de los menores sea sólo una medida de último recurso”.²⁹

Junto con lo anterior, el TEDH establece que en aras al ISN debería limitarse “en lo posible la detención de familias acompañadas por niños y preservar efectivamente el derecho a la vida familiar”, salvo que existan indicadores fehacientes del propósito de fuga por parte de la familia en cuestión “la medida de detención durante quince días en un centro de seguridad parece desproporcionada en relación al fin perseguido”.³⁰ En el caso *Bistiéva*, añade que la protección del ISN implica junto con lo anterior “considerar, en la medida de lo posible, cualquier alternativa a una medida de internamiento, siendo éste el último recurso a considerar”.³¹ El Comité se ha pronunciado sobre esta cuestión, por ejemplo, en la comunicación presentada por *IAM c. Dinamarca*, frente al peligro de una niña de ser sometida a ablación si regresara a su país de origen, entiende que el “Estado parte tiene la

²⁸ Así lo estableció el TEDH, en su sentencia de 12 de octubre de 2006, en el caso *Mubilanzila Mayeka y Kaniki Mitunga vs. Bélgica*.

²⁹ Sentencia del TEDH, de 19 de enero de 2012, en el asunto *Popov c. Francia*, núms. 39472/07 y 39474/07, parágrafo 141.

³⁰ *Ibidem*, parágrafo 147.

³¹ Sentencia del TEDH, de 10 de abril de 2018, en el asunto *Bistiéva c. Polonia*, núm. 75157/14, parágrafo 78.

obligación de abstenerse de expulsar a la autora y a su hija a Puntlandia”,³² en aras al ISN.

Un ámbito material alcanzado por el ISN es el derecho penal, ilustraremos esta afirmación con una Directiva de la UE,³³ cuyo objeto es “uniformar el derecho procesal penal de menores de los Estados miembros, estableciendo unas garantías procesales mínimas para los menores sospechosos o acusados en los procesos penales”.³⁴ Su punto de partida es la aplicación del ISN³⁵ al objeto de regulación (considerando 8), de modo que los procesos que afecten a menores deben tramitarse con urgencia y diligencia (artículo 13).

Por otra parte, la evaluación individual es excusable, pudiendo producirse exclusivamente cuando “ello sirva al interés superior del menor y que la evaluación individual esté disponible en cualquier caso cuando comience la vista oral del juicio ante el órgano jurisdiccional” (artículo 7.6). Por lo que se refiere a la detención, deberá imponerse como último recurso (artículo 10.2), tendrá la menor extensión temporal posible (artículo 10.1) y durante la misma, los menores han de encontrarse separados de los adultos “salvo si se considera que no hacerlo sirve mejor al interés superior del menor” (artículo 12.1). La Directiva regula otras cuestiones además de las recién indicadas, pero su estudio conjunto desvela que la aplicación del ISN aplica correctamente este principio a un ámbito material tan complejo.

4. *Procedimiento*

Si bien desde una perspectiva teórica, la identificación del ISN consiste en “la subsunción del concepto jurídico indeterminado en el supuesto fáctico, personal, a que haya de aplicarse”,³⁶ ésta no es una operación

³² Dictamen aprobado por el Comité en relación con el Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a un Procedimiento de Comunicaciones, respecto de la comunicación núm. 3/2016, Doc. CRC/C/77/D/3/2016, de 8 de marzo de 2018, parágrafo 12.

³³ Directiva (UE) 2016/800, relativa a las Garantías Procesales de los Menores Sospechosos o Acusados en los Procesos Penales, publicada oficialmente en *Diario Oficial de la UE*, serie L, núm. 132, de 21 de mayo de 2016.

³⁴ Pillado González, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019, pp. 58 y ss. El texto es de la página 62.

³⁵ Curiosamente, la Directiva tiene más menciones al ISN (28) que artículos (27).

³⁶ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, p. 73.

matemática, por lo que el margen de apreciación³⁷ tendrá una relevancia particular. En todo caso, la determinación del ISN será fruto de un procedimiento en dos fases (Observación General Número 14 del Comité): una, con el propósito de determinar los elementos pertinentes en el caso, en el contexto de los hechos concretos del caso; otra, en la que se ponderan los elementos en relación con los demás, velando por las garantías jurídicas y la aplicación adecuada del derecho. Acerca de los primeros, Francisco Rivero Hernández indica no sólo los elementos a ponderar (ampliados respecto de los contenidos en la Observación General Número 14), sino también la relación temporal en la que han de considerarse, lo que teóricamente podría ayudarnos, al menos desde una perspectiva procesal, a identificar nuestro propósito con solvencia.³⁸

Por lo demás, la ponderación de los elementos relevantes posee una dificultad añadida, especialmente cuando el análisis de los factores en presencia nos conducen a soluciones diversas en función del peso que concedamos a cada uno de ellos. En esta tarea, el órgano decisor habrá de ser especialmente minucioso y reflexivo para pensar exclusivamente en la mejor decisión para el niño concreto en su particular contexto, cuyo interés ha de guiar nuestra conclusión.

El TEDH establece que el derecho internacional “en todas las decisiones donde haya niños involucrados debe ser primordial su interés superior”,³⁹ y que esta consideración ha de tenerse en cuenta al valorar la proporcionalidad de la medida a aplicar.⁴⁰ En consecuencia, evidentemente el INS se considera en la segunda fase del procedimiento apuntado por Rivero.

III. LÍMITES DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

En algunos supuestos de aplicación del ISN realizada por la jurisprudencia se observan soluciones que benefician al progenitor *tramposo*. Por tanto, a pesar de su relevancia ha de encontrar límites, a cuya identificación vamos a dedicar las páginas que siguen.

³⁷ Pascual Vives, F.J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 29, 2013, pp. 217 y ss.

³⁸ Rivero Hernández, F., *op. cit.*, pp. 276 y ss.

³⁹ Sentencia Bistieva c. Polonia, cit. *supra*, párrafo 78

⁴⁰ Sentencia Popov c. Francia, cit. *supra*, párrafo 140.

1. *El orden público*

Intentaré visualizar el orden público como límite del ISN desde la doble perspectiva del derecho interno y el derecho internacional. Si el orden público nacional se concibió para “salvaguardar los principios, valores e intereses más esenciales del Estado”,⁴¹ podría limitar al volátil concepto del ISN. Sin embargo, el TEDH no se ha mostrado siempre de acuerdo con esta afirmación. Tomemos como ejemplo el *caso Menesson vs. Francia* cuyo origen se encuentra en la celebración de un acuerdo de gestación subrogada,⁴² relación contractual prohibida por el derecho francés que proclama tanto la nulidad del contrato como la naturaleza de orden público de la prohibición. El origen de este asunto se encuentra en la negativa de las autoridades francesas de inscribir a los pequeños como hijos de los padres de intención,⁴³ lo que nos obliga a ponderar entre la nulidad del contrato celebrado por el que se vulnera una norma de orden público y el ISN que apunta la necesidad de reconocer su filiación, consecuencia de la celebración del mismo contrato viciado de nulidad.⁴⁴

Sin embargo, la extraterritorialidad de la celebración del convenio y del nacimiento impide la competencia de los tribunales penales franceses, al haberse producido ambos en California, lo que evita la jurisdicción (artículo 113-6, Código Penal francés), al exigirse en estos casos la nacionalidad francesa de la víctima, lo que nos lleva a plantearnos quién es la víctima (principio de personalidad pasiva, artículo 113.7). Si consideramos como tal a la madre portadora, no resulta aplicable esta norma, dado que es estadounidense; si entendemos a los bebés nacidos, tenemos dos problemas: uno, sólo tendrían la nacionalidad requerida tras la inscripción registral que

⁴¹ Jiménez Solares, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014, pp. 325 y ss., especialmente p. 327.

⁴² Sentencia del TEDH, de 26 de junio de 2014, en el *asunto* núm. 65192/11. Prohibiciones contenidas en el artículo 16 (especialmente, en sus apartados 1, 7 y 9) del Código Civil francés.

⁴³ Actuar de otro modo, según la Corte de Casación francesa, supondría en la práctica aceptar tácitamente la validez del comportamiento prohibido en territorio francés, párrafos 81 y 83 de la Sentencia Menesson, cit. *supra*.

⁴⁴ El Código Penal francés sanciona con pena de prisión (y de 15.000€) a la mujer portadora, en una gestación por sustitución, tanto si es a título gratuito como lucrativo (artículo 227.12); la sanción es la misma ante hechos consumados o en grado de tentativa. Por otra parte, “la sustitución voluntaria, la simulación o el ocultamiento que haya provocado una infracción del estado civil de un menor se castigará con tres años de prisión y una multa de 45.000€” (artículo 227.13), aplicándose ambas sanciones al caso concreto.

las autoridades niegan (aunque los padres de intención sean franceses); dos, superar el obstáculo anterior no nos facilita la identificación, dado que la norma exige la nacionalidad en el momento de la infracción, fruto de la celebración del contrato, antes de la concepción del niño; y el de la infracción del estado civil del niño.

En el caso en presencia, el padre de intención es también el padre genético de los menores, ante lo que el TEDH afirma que “no se podría pretender la conformidad del ISN con la privación de un vínculo jurídico de esta naturaleza cuando la realidad biológica de este vínculo se establece”.⁴⁵ En consecuencia, es el vínculo genético el que determina la prevalencia del ISN sobre el orden público francés.

En el caso español, aunque la perspectiva del TEDH fuera diferente, no podría considerarse el orden público como límite del ISN, pues en palabras de Consuelo Madrigal éste “junto con el resto de normas protectoras del menor, integra una normativa de orden público”,⁴⁶ dado que los derechos de los niños poseen una “configuración constitucional (artículo 124, CE) como garante de la legalidad, los derechos de los ciudadanos y el interés público tutelado por la ley, en el que se inserta como criterio prioritario la satisfacción del superior interés del menor”.⁴⁷ Por tanto, una categoría que contribuye a conformar no puede actuar como límite, salvo que el contexto en el que se produzca así lo informe y se encuentre debidamente justificado en el caso concreto.

Por lo que se refiere al orden público internacional, en este ordenamiento⁴⁸ existe un límite infranqueable: las normas imperativas que, de acuerdo con el artículo 53 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, no admiten acuerdo en contrario. Estas normas serían, en palabras de M. Kamto y C. Gutiérrez,⁴⁹ las que conformarían principal,

⁴⁵ Es el parágrafo 100 de la Sentencia Menesson.

⁴⁶ Madrigal Martínez-Pereda, C., *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 5.

⁴⁸ Sobre las aproximaciones doctrinales al orden público de proximidad o atenuado, véase Álvarez de Toledo Quintana, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre de 2014, pp. 5 y ss., especialmente pp. 19 y ss. Por otra parte, no es un concepto novedoso; sobre él se había trabajado en 1963, en las sesiones de la CDI, para indicar que las normas de derecho imperativo forman parte del orden público internacional (*Annuaire CDI*, 1963, p. 18, parágrafo 39), y en 1984 había escrito al respecto Elisa Pérez Vera.

⁴⁹ Kamto, M., “Volonté de l’Etat et ordre public international”, *Recueil des Cours de Droit International*, Brill-Nijhoff, t. 310, 2004, pp. 9 y ss., especialmente p. 313. Asimismo, véase Gutiérrez Espada, C., “El orden público internacional”, en Rodrigo, A. J. y García, C. (eds.),

pero no exclusivamente, el orden público internacional. Así las cosas, “las normas de derechos humanos que son de *ius cogens* pertenecen al grupo de normas de orden público, ya que su transgresión socava las bases de la convivencia social”.⁵⁰

El concepto de orden público internacional no puede ser un límite del ISN, principalmente por cuanto los derechos humanos forman parte de las normas imperativas, o cuando menos el núcleo central de aquéllos, dentro de los cuales se incardinan los derechos del niño cuyo principio inspirador es precisamente el ISN, así como el rector de protección de los menores.⁵¹ Por su parte, el presidente de la Corte IDH “considera que el ISN es uno de los alegatos formulados tanto por la Comisión como por los representantes y el Estado sobre cuestiones que atañen al orden público interamericano”.⁵² Así, se planteará un problema sólo cuando haya que ponderar entre dos normas de orden público que orienten la solución en sentido distinto, siendo una de ellas el ISN. Si seguimos la interpretación del mismo Comité de los Derechos del Niño, el interés del niño ha de ser superior a cualesquiera otros a los que se enfrente, y en esta medida, prevalecerá sobre aquéllos.

2. El interés superior del colectivo “niños”

El interés superior de los otros niños, o del grupo genérico de niños (todos los niños o un grupo concreto de ellos). Es lo que provoca que la relatora especial de Naciones Unidas sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía haya establecido en su informe de marzo de 2018 que algunas modalidades de gestación subrogada encubren la compra de niños, prohibición derivada de la Convención, y expresamente se proclama en el Protocolo relativo a la Venta de Niños, la Prostitución

Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009, Madrid, Tecnos, 2011, pp. 411 y ss. También pueden verse sobre el orden público internacional: Alcaide Fernández, J., “Orden público internacional y soberanía de los Estados”, en varios autores, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015, pp. 120 y ss.; Jiménez Solares, E., *op. cit.*, pp. 325 y ss., o López Zamora, L. A., “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre de 2018, pp. 516 y ss.

⁵⁰ Salmón Gárate, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 51, 2005, pp. 151 y ss., especialmente p. 153.

⁵¹ Rodríguez Jiménez, *op. cit.* p. 11.

⁵² Resolución de 7 de julio de 2011, en el caso *Atala Riffo e hijas vs. Chile*, p. 5, parágrafo 18.

Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (artículo 2.a). Se refiere en concreto a la gestación comercial (cuando existe una remuneración económica a la gestante, en lugar de un reembolso por los gastos médicos producidos durante la gestación), o a la que, sin serlo, carece de material genético de los padres de intención. Supuestos en los que prevalecería el ISN a no ser vendidos, sobre el particular del niño concreto que ha sido gestado de este modo.

Otra evidencia de la prevalencia del ISN del *grupo niños* se encuentra en la regulación penal de la mutilación genital femenina. Tomemos, como ejemplo, el Código Penal español, que impone penas de prisión a quien la cause (artículo 149.2). Sin embargo, pensemos en una menor que ha sido víctima de esta práctica, cuyo ISN no parece orientar a la separación de sus progenitores, a pesar de lo cual, la inaplicación de la sanción penal tendría como efecto la desprotección del resto de niñas que se encuentran en situación de riesgo de mutilación. En consecuencia, ha de prevalecer el ISN *grupo* frente al del individuo, en la vulnerabilidad del resto de niños que conforman el grupo de niños en general u otros más reducidos como el de los vulnerables, en cuyo caso nos encontraríamos.

3. *La Convención como límite*

La Convención puede limitar la aplicación del ISN. Ilustraré esta formación con el ejemplo de la *kafala*, que establece la Convención en su artículo 20.3 como una de las modalidades (“la kafala del derecho islámico, la adopción o de ser necesario, la colocación en instituciones adecuadas de protección de menores”) en las que se puede confiar el cuidado de los niños privados del entorno familiar. Es una institución distinta y diferenciada de la adopción, en los términos de la Convención (por ejemplo, no implica la filiación del menor respecto de su *kafil*, por cuanto conserva su filiación de origen).

En los casos en los que se ha planteado la equiparación por parte de los tutores del menor sobre el que se ha establecido la *kafala*, el TEDH se ha pronunciado en contra de su transformación en adopción. El problema se deriva de aquellas legislaciones que, como la francesa, establecen que no procederá la adopción internacional cuando la ley personal del adoptado prohíba la adopción,⁵³ lo que se produce precisamente en los Estados musulmanes en los que puede establecerse la *kafala*.

⁵³ Sentencias del TEDH, de 4 de octubre de 2012, en el *asunto Harrojdj c. Francia*, núm. 43631/09, y de 16 de diciembre de 2014, en el *asunto Chbihi Laudoudi y otros c. Bélgica*, núm. 52265/10.

En el *asunto Chbihi Laudoudi y otros vs. Bélgica*, se alega que el ISN está mejor protegido mediante la adopción que con la *kafala*. En este caso, como en el anterior, hay que verificar si las autoridades se han orientado por el ISN en la adopción de su decisión, entendiéndolo así el TEDH, pues en el caso en presencia, se ha aplicado una Ley en vigor desde 2005, cuyo propósito era incorporar en su ordenamiento la Convención de La Haya para asegurar que las adopciones internacionales tengan lugar en ISN a ser protegido contra todo uso abusivo de la institución de adopción y el respeto a la vida familiar.

Otro supuesto en el que encontramos el límite en la propia Convención es el del matrimonio infantil. En este sentido, la pregunta es ¿qué hacer cuando los padres de una menor solicitan autorización para contraer matrimonio con una persona con la que aquélla convive desde hace dos años? El ISN apunta en sentido contrario a la solicitud formulada, y tanto la Asamblea General como el mismo Comité alientan a los Estados para que “promulguen, respeten y hagan cumplir estrictamente leyes y políticas para prevenir y poner fin al matrimonio infantil, precoz y forzado y proteger a quienes estén en peligro de ser objeto de esas prácticas”⁵⁴ y “aseguren que sólo se podrá contraer matrimonio con el consentimiento fundado, libre y pleno de los futuros cónyuges, promulguen y hagan cumplir estrictamente leyes relativas a la edad para expresar consentimiento y contraer matrimonio”.⁵⁵

Si pretendemos prohibir el matrimonio infantil deberíamos ser inflexibles, pero responder a la cuestión apuntada resulta complejo. Es un supuesto producido en Argentina, donde tres meses después de que se elevara la edad para contraer matrimonio hasta los 18, se produce tal solicitud por los padres de una menor de 17 años.⁵⁶ La Ley en cuestión permite la celebración del matrimonio en presencia de dispensa “con carácter excepcional y sólo si el interés de los menores lo exigiese, previa audiencia personal del juez con quienes pretendan casarse y los padres o representantes legales del que fuera menor”.⁵⁷ La pregunta es cuando nos encontramos ante esa

⁵⁴ Resolución 70/138 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 17 de diciembre de 2015, parágrafo 13.

⁵⁵ Resolución 72/154 de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 19 de diciembre de 2017, parágrafo 18.

⁵⁶ Se trata del artículo 166.5 de la Ley 26449, publicada oficialmente en *BOE* 15/01/2009.

⁵⁷ Véase un interesante comentario sobre este tema, en Muñoz Genestoux, R., “Dispensa para contraer matrimonio”, *El Derecho. Cuaderno Jurídico de la Familia*, Universidad Católica Argentina, pp. 16 y ss., disponible en <https://es.scribd.com/document/34312885/El-Derecho-Cuaderno-de-Familia-Julio-2010>. En España, la edad para contraer matrimonio se elevó de 14 a 16

excepcionalidad. En el supuesto concreto, la menor convive con el futuro esposo del que espera ya un hijo, y si la solicitud se hubiera presentado cuatro meses antes no habría suscitado problema alguno.

Cuando el juez recibe a los interesados y sus padres, la menor expresa su voluntad de contraer matrimonio con su novio. En consecuencia, atendiendo al artículo 12 de la Convención, cabría dispensar del cumplimiento del requisito de edad, pero ¿ha de considerarse el ISN contra la Convención? Evidentemente no siempre.

Una decisión favorable a la pretensión concuerda con el Comité y con el CEDAW, en cuya observación general conjunta, tras señalar la necesidad de que se establezca la edad para la celebración del matrimonio en 18 años, afirman que excepcionalmente cabe permitirlo si el niño tiene al menos “16 años de edad y tales decisiones las adopte un juez basándose en motivos excepcionales legítimos definidos por la legislación y en pruebas de madurez sin dejarse influir por la cultura ni la tradición”.⁵⁸ Hay dos argumentos que me parecen especialmente relevantes en el caso en presencia: el primero, el de la transitoriedad entre la norma nacional anterior y la que eleva la edad para contraer matrimonio a los 18 años; dos, la situación puede reconducirse a la excepción de la Observación referida.

En sentido contrario encontramos la Resolución del Parlamento Europeo sobre la Erradicación de los Matrimonios Infantiles, que subraya inflexible que “el matrimonio infantil constituye una violación de los derechos del niño y una forma de violencia contra las mujeres y las niñas; subraya que debe ser condenado como tal”.⁵⁹ Es cierto que la erradicación del matrimonio infantil se desprende de los objetivos del milenio, en la medida en que se pretende la igualdad de género, y esta práctica es contraria a ella,

años en 2015, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, *BOE*, núm. 158, de 3 de julio de 2015, disponible en https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-7391. Sobre el matrimonio infantil, véase el Informe del Secretario General sobre la Cuestión del Matrimonio Infantil, Precoz y Forzado, de 26 de julio de 2018, A/73/257, y la Observación General Número 20 (2016) del Comité de los Derechos del Niño, sobre la Efectividad de los Derechos del Niño durante la Adolescencia, de 6 de diciembre de 2016, CRC/C/GC/20, en la que se refiere específicamente al matrimonio infantil en los párrafos 27 y 40, y en donde “afirma una vez más que los 18 años debe ser la edad mínima para contraer matrimonio”.

⁵⁸ Se trata de la Recomendación General Número 31 del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer y la Observación General Número 18 del Comité de los Derechos del Niño sobre las Prácticas Nocivas, adoptadas de Manera Conjunta, de 14 de noviembre de 2014, Doc. CEDAW/C/GC/31/CRC/C/GC/18. El texto transcrito se encuentra en el párrafo 20.

⁵⁹ Párrafo segundo de la Resolución de 4 de octubre de 2017, 2017/2663-RSP, *Diario Oficial UE*, serie C, núm. 346, pp. 66 y ss.

además de repercutir sobre la educación de las niñas y la salud y bienestar, especialmente durante los embarazos precoces no sólo para las madres sino también para los recién nacidos.

Se trata de un supuesto difícil de resolver con carácter general, pues en los casos de embarazo, habría que ponderar el interés superior de la contrayente (madre) y del niño en camino; en estas circunstancias, permitir el matrimonio puede ser la mejor solución para la niña en sociedades en las que se estigmatiza a la madre soltera, pero también, contrario al mismo, por cuanto el embarazo puede ser un incentivo para el matrimonio con menores.

4. *La razonabilidad*

Por razonabilidad me refiero a la debida ponderación de los intereses en juego. En este sentido, en relación al tema que nos ocupa, mi preocupación es no incurrir en el “buenismo” o la excesiva tolerancia respecto del ISN. Un ejemplo de la idea que pretendo transmitir puede encontrarse en un dictamen aprobado por el Comité, en relación a España, en aplicación del protocolo facultativo relativo a un procedimiento de comunicaciones respecto de la comunicación 11/2017, cuyos hechos resumo: un nacional de Costa de Marfil que alega ser menor, a su llegada irregular a España, sin aportar documentación alguna, se le realizan pruebas osteométricas que establecen que su edad ósea es superior a los 19 años. El interesado recurre por entender que no se ha considerado el ISN, aunque: 1) carecía de documentación que acreditara su edad; y 2) el resultado de las pruebas parecía a los expertos, indudable. El Comité solicita a España que considere la aplicación del ISN a la determinación de la edad. Si esto supone aplicar otros métodos de determinación de la edad más eficaces, resulta razonable para identificar la edad de modo más precisa, sin embargo, cabe otra posible lectura a estas palabras: considerar la edad conforme a la manifestación de la persona, lo que provocaría muchos abusos.

La razonabilidad también ha de aplicarse para evitar los fraudes de ley o para que el ISN no beneficie al *tramposo*. Pensemos en el caso *Ruiz Zambraño*: una pareja colombiana que llega con un hijo a Bélgica, donde solicitan sin éxito el estatuto de refugiado. Mientras tanto, habían tenido dos hijos a los que no habían inscrito en el registro consular colombiano, acudiendo directamente al registro civil belga. Hemos de tener en cuenta que la Ley belga incorporaba una cláusula para evitar la apatridia que consistía en permitir la inscripción como belgas a los hijos de nacionales en cuyos Estados no

se reconociera el *ius sanguinis* como criterio de atribución de nacionalidad. Este caso lo resolvió el TJUE con la ciudadanía europea, pero la solución alcanzada se habría logrado igualmente con la aplicación del ISN.⁶⁰

En la jurisprudencia del TEDH, se aprecia una evolución del criterio respecto del ISN en los supuestos de sustracción internacional de menores. En un primer momento, hasta la sentencia Neulinger⁶¹ el principal objetivo del TEDH en estas situaciones era el retorno del menor sustraído al que fue su lugar de residencia habitual a la mayor brevedad posible, evitando así la consolidación jurídica de situaciones inicialmente ilícitas, en aplicación del Convenio de La Haya de 1980.

En 2010, el TEDH no deja de hacer suya la filosofía del Convenio de la Haya, pero valora de modo más detallado otras circunstancias sociales, afectivas, familiares... que entiende que conforman el ISN *de los menores implicados*, y que aconsejaban una solución diferente al retorno inmediato a su residencia habitual anterior a la sustracción debido a que el ISN ha de primar sobre el resto de intereses en conflicto. Hay que tener en cuenta que el retorno al lugar de su residencia anterior a la sustracción puede producir un impacto y un trauma entre los menores difícil de superar, y porque supone un nuevo abandono de su entorno, cultura, colegio... y una nueva separación del que ha sido su único progenitor desde que se produjo la sustracción.

En 2013, el TEDH indica que el problema ha de observarse bajo el prisma que ofrece la Convención de La Haya, la Convención y el de las reglas y principios de derecho internacional aplicables a las relaciones entre las partes contratantes. Para concluir que no es suficiente valorar el interés superior en abstracto, hay que estudiar las circunstancias concretas.⁶² Tres años más tarde, en 2016, el mismo Tribunal dicta una sentencia en la que se tienen en cuenta múltiples aspectos como el tiempo transcurrido desde la sustracción, si las partes compartían la responsabilidad parental antes de producirse aquella, si existen obstáculos para que la madre se desplace allí, si no sería sancionada penalmente de regresar, si tiene recuerdos del padre,

⁶⁰ Es la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE, de 8 de marzo de 2011, en el *asunto Ruiz Zambrano* C-34/09. La argumentación del Tribunal se fundamenta en la ciudadanía europea, no puede expulsarse a los dos niños, nacionales de la UE, que sería el efecto de la ejecución de la expulsión de sus progenitores y de un hermano. En consecuencia, son los niños quienes consiguen que sus familiares, debido al parentesco, sean titulares de un estatuto de migrante privilegiado en la UE.

⁶¹ Sentencia del TEDH, de 6 de julio de 2010, en el *asunto Neulinger et Shuruk contra Suiza*, núm. 41615/07.

⁶² Sentencia del TEDH, de 26 de noviembre de 2013, en el *asunto X c. Letonia*, núm. 27853/09.

el idioma en el que se habla, si desde su sustracción (como es el caso) ha estado exclusivamente a cuidado de la madre... entre otros muchos. Ponderando todos estos elementos parece clara la conveniencia de que el niño permanezca con la madre, la preocupación de quien escribe deriva de que es la madre quien sustrajo internacionalmente al niño, es decir, cometió un hecho ilícito.⁶³

El Tribunal Supremo español trató el caso —no exactamente de sustracción internacional de menores— de un niño nacido en Suiza, fruto de una relación extramatrimonial, respecto del cual la guardia y la custodia correspondía a la madre que, como consecuencia de la pérdida de trabajo, por ser compañera del padre del bebé, regresa a España con éste. Aquí, el Tribunal entiende que el cambio en la custodia (solicitada por el padre) “no beneficiaría el menor, pues cambiar al otro país alteraría sus costumbres y hábitos ya adquiridos, su escolarización e idioma, teniendo en cuenta que lleva más de dos años residiendo en Alicante”.⁶⁴ Alcanza esta decisión, tras analizar los factores en presencia: con quién ha vivido siempre el niño, cuál es su entorno familiar, escolarización..., en definitiva, los elementos que conforman su interés superior.

IV. CONCLUSIONES

El ISN no nos aporta soluciones generales, sino que proporciona un instrumento de ponderación de las circunstancias relevantes en presencia, lo que nos puede conducir a una solución u otra diferente, en función de cuál sea el contexto en cada caso y del niño concreto en relación con el cual se vaya a adoptar la medida. Lo que nos conduce al relativismo de su apreciación, que no es una novedad, pues en los casos de divorcio con custodia de hijos, ambos cónyuges fundamentan sus pretensiones de retener la guarda y custodia de los hijos precisamente en el ISN. Ese relativismo permite acomodar las soluciones aplicables a las circunstancias del caso concreto, pero también puede dar lugar a un subjetivismo guiado por una errónea concepción del ISN.

En los casos en los que se aprecia fraude de ley por parte de los padres que intentan evitar la aplicación de la ley nacional, hemos de distinguir, como hace el TEDH entre los derechos del niño y de los padres, que son quienes cometen los actos con los que pretenden evitar la aplicación de la Ley. En este sentido, si bien los derechos del niño han de estar presididos

⁶³ Sentencia del TEDH, de 21 de octubre de 2016, en el *asunto G.S. contra Georgia*, núm. 2361/13.

⁶⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de enero de 2017, núm. de recurso 2545/2015, fundamento jurídico tercero, apartado 3.

por su interés general, debemos tener clara la necesidad de adoptar normas que puedan prevenir y sancionar los comportamientos desviados de ellas, porque de lo contrario mal incentivaremos su cumplimiento. Considero que hay que limitar este principio, y que aunque deba prevalecer sobre otros intereses, no podemos fomentar ni tolerar los abusos de derecho si queremos continuar construyendo una sociedad equitativa y justa. Así, si bien el ISN puede servir para legalizar las consecuencias de un acto prohibido, no es menos que debería ir acompañado de la imposición de sanciones adecuadas para quienes sortean de este modo la aplicación de las normas.

A pesar de todas las dudas que plantea el ISN, Pedro Cruz Villalón, actuando como abogado general en la sentencia 648/11 del TJUE, escribe en sus conclusiones que

el interés superior del menor está llamado a constituirse, por imperativo del derecho primario de la Unión, en objeto de “consideración primordial” por parte de los aplicadores del derecho de la Unión y, en el contexto que ahora nos ocupa, del conjunto del Reglamento núm. 343/2003 por las autoridades nacionales llamadas a determinar el Estado miembro responsable de una solicitud de asilo presentada por un menor no acompañado y sin familiares legalmente establecidos en el territorio de la Unión.⁶⁵

Y, no sólo por parte de los aplicadores del derecho de la Unión, sino por todos los aplicadores del derecho, y no sólo por ellos.

A pesar de la relevancia del ISN, en cuantas decisiones puedan afectar directa o indirectamente a un niño o a un grupo de ellos, tenemos que ser conscientes de que, como el resto de las instituciones jurídicas, el elemento de ponderación está implícito en aquéllas, para intentar equilibrar los intereses en presencia y evitar soluciones indeseadas. En este sentido, hay límites claros, como los establecidos en la propia Convención, el interés superior del resto de los niños (sea el grupo de niños o un grupo más reducido y sectorizado) y la razonabilidad.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALASCIO CARRASCO, L., “El síndrome de alienación parental. A propósito de la SJPI núm. 4 de Manresa, de 14 de junio de 2007”, *Indret*, Barcelona, 1/2008.

⁶⁵ Conclusiones del abogado general, párrafo 72, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=134083&pageIndex=0&doclang=es&mode=req&dir=&cc=first&part=1&cid=427624>.

- ALCAIDE FERNÁNDEZ, J., “Orden público internacional y soberanía de los Estados”, en varios autores, *La gobernanza del interés público global. XXV Jornadas de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales*, Madrid, Tecnos, 2015.
- ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA, L., “El futuro de la maternidad subrogada en España: entre el fraude de ley y el correctivo de orden público internacional”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 6, núm. 2, octubre de 2014.
- BELLOSO, N., “La concreción del interés superior del menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: la ¿idoneidad? de la mediación familiar”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Alcalá*, vol. X, 2017.
- DÍEZ OJEDA, A., “El interés superior del niño a la luz de la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas”, en varios autores, *El derecho de familia y los nuevos paradigmas: X Congreso Internacional de Derecho de Familia, Mendoza, Argentina, 20 al 24 de septiembre de 1998*, Universidad Nacional de Cuyo, 1998, vol. 2.
- GARDNER, R. A., “Recent Trends in Divorce and Custody Litigation”, *Academy Forum*, vol. 29, núm. 2, 1985.
- GONZÁLEZ CONTRÓ, M., *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2008.
- GONZÁLEZ MARTÍN, N. y RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., *El interés superior del menor en el marco de la adopción y tráfico internacional. Contexto mexicano*, México, UNAM, 2011.
- GUTIÉRREZ ESPADA, C., “El orden público internacional”, en RODRIGO, A. J. y GARCÍA, C. (eds.), *Unidad y pluralismo en el derecho internacional público y en la comunidad internacional. Coloquio en homenaje a Oriol Casanovas, Barcelona, 21-22 de mayo de 2009*, Madrid, Tecnos, 2011.
- HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L., “Los derechos del niño en el sistema universal de los derechos humanos”, en varios autores, *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos*, Madrid, Unicef-AECID, 2015.
- JIMÉNEZ SOLARES, E., “Las normas internacionales convencionales de derechos humanos y su contribución al orden público internacional”, *Revista de Derecho de la UNED*, núm. 14, 2014.
- KAMTO, M., “Volonté de l’Etat et ordre public international”, *Recueil des Cours de Droit International*, Brill-Nijhoff, t. 310, 2004.
- LAING KLAFF, R., “The Tender Years Doctrine: A Defense”, *California Law Review*, vol. 70, núm. 2, 1988.

- LÓPEZ ZAMORA, L. A., “Comentarios sobre el orden público internacional en sede arbitral internacional, su funcionalidad y su interrelación con el derecho internacional público”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 10, núm. 2, octubre de 2018.
- LORA, Laura N., “Discurso jurídico sobre el interés superior del niño”, *Avances de Investigación en Derecho y Ciencias Sociales. X Jornadas de Investigación y Becarios*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2006.
- MADRIGAL MARTÍNEZ-PEREDA, C., “La CDN y el interés superior del niño. Derechos al libre desarrollo de la personalidad, la salud y la educación”, Seminario de Especialización en Menores. Responsabilidad Penal y Protección: Novedades Legislativas, 29-31 de marzo de 2017.
- PASCUAL VIVES, F. J., “El margen de apreciación nacional en los tribunales regionales de derechos humanos: una aproximación consensualista”, *Anuario Español de Derecho Internacional*, vol. 23, 2013.
- PÉREZ VERA, E., “El concepto de orden público en el derecho internacional”, *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, núm. 7, 1984.
- PILLADO GONZÁLEZ, E., “Implicaciones de la Directiva (UE) 2016/800, relativa a las garantías procesales de los menores sospechosos o acusados en los procesos penales, en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista General de Derecho Europeo*, núm. 48, 2019.
- RIVERO HERNÁNDEZ, F., *El interés superior del menor*, 2a. ed., Madrid, Dykinson, 2007.
- RODRÍGUEZ JIMÉNEZ, S., “El principio del interés superior del menor”, *Letras Jurídicas*, núm. 16, primavera de 2013.
- SALMÓN GARATE, E., “El orden público internacional y el orden público interno desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos”, *Themis. Revista de Derecho*, núm. 51, 2005.

SÍNTESIS CURRICULAR DE LAS AUTORAS

María Mercedes ALBORNOZ

Abogada egresada de la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe, Argentina), así como doctora y diplomada en estudios avanzados, ambos en derecho internacional privado, en la Université Panthéon-Assas (Paris II); profesora investigadora titular de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE); investigadora del Sistema Nacional de Investigadores, nivel II. Pertenece al Grupo de Expertos sobre Filiación y Gestación por Sustitución, en la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, y al Grupo de Expertos sobre Protección de los Derechos de los Niños en Acuerdos Transfronterizos de Gestación por Sustitución, en el Servicio Social Internacional. Asesora externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores en materia de derecho internacional privado; miembro de la Asociación Americana de Derecho Internacional Privado (Asadip), y miembro de número de la Academia Mexicana de Derecho Internacional Privado y Comparado (Amedip).

Karla CANTORAL DOMÍNGUEZ

Doctora en derecho judicial y profesora investigadora de tiempo completo en la División Académica de Ciencias Sociales y Humanidades de la Universidad Juárez Autónoma de Tabasco (UJAT); miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel I; participante en el Cuerpo Académico Consolidado en Estudios de Derecho Civil de dicha universidad. Durante 2014-2018, coordinó la Maestría en Estudios Jurídicos de la UJAT, acreditada por Conacyt. En 2017, recibió el Reconocimiento al Mérito Científico por la misma universidad. Actual coordinadora del Doctorado en Estudios Jurídicos en la UJAT. Miembro regular de la Academia Mexicana de Ciencias (AMC). Desde 2020 asumió la Dirección General del Registro Civil del Estado de Tabasco.

Helena DíEZ GARCÍA

Doctora en derecho por la Universidad de León y catedrática de derecho civil de la misma universidad. Ha desarrollado, entre otras líneas de trabajo, una importante labor de investigación en el ámbito de la protección al menor.

Entre otras obras, es autora de una monografía sobre el acogimiento familiar (*El acogimiento familiar simple como una de las formas de ejercer la guarda de menores*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004); de los comentarios a los principales preceptos que el Código Civil español dedica a la tutela de los menores de edad (*Comentarios al Código Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, t. I, y *Las modificaciones al Código Civil del año 2015*; Valencia, Tirant lo Blanch, 2016); así como de significativos estudios en la materia, publicados en revistas especializadas, en temas como el desamparo de menores (*Aranzadi Civil*, núm. 3, 1999), la casi imposible reinserción del menor acogido a su familia de origen (*Revista de Derecho Privado*, año 87, núm. 2, 2003), la protección de menores en conflicto social, con conductas inadaptadas, disruptivas o antisociales (*Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010), o sobre la intervención de la entidad pública en el régimen de las relaciones entre el menor desamparado con su núcleo afectivo de origen (*Derecho Privado y Constitución*, núm. 30, 2016).

Rosa Verónica ESPARZA PÉREZ

Licenciada en derecho, egresada de la Escuela Libre de Derecho (Puebla), y maestra en derecho de amparo y constitucional, con mención honorífica, por la Universidad Iberoamericana (Golfo Centro); doctoranda en derecho, en el área de Unión Europea, en la Universidad Nacional de Educación a Distancia (Madrid); investigadora en el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), desde julio del 2018. Miembro supernumerario de la Amedip.

Isabel FULDA GRAUE

Licenciada en ciencia política y en relaciones internacionales, en el CIDE, y maestra en teoría legal y política por la University College London. Ha participado en proyectos de investigación y consultorías relacionadas con temas de género y derechos humanos. Integrante de GIRE, desde 2012, fue coordinadora del área de investigación, a partir de 2017, y es su actual subdirectora.

Nuria GONZÁLEZ MARTÍN

Doctora en derecho internacional privado por la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla, España); investigadora titular “C” en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Participante en comisiones especiales y grupos de expertos, tanto de la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado, como del Servicio Social Internacional. Mediadora certificada por el Tribunal Superior de Justicia de la Ciudad de

México. Asesora externa *ad honorem* de la Secretaría de Relaciones Exteriores mexicana. Miembro de la Asadip, miembro de número de la Amedip, miembro de la International Academy of Comparative Law y miembro de la AMC. Académica visitante en la Stanford Law School (Stanford University, California, USA), durante 2012-2016 y 2018. *Senior Weinstein Fellow*, de la Weinstein International Foundation, a partir de 2018. Entre sus galardones se encuentran: Premio Altamirano 2002, Premio Universidad Nacional a Jóvenes Investigadores en Investigación en Ciencias Sociales 2008 y Reconocimiento Sor Juana Inés de la Cruz 2020.

Gisela María PÉREZ FUENTES

Doctora en derecho y profesora investigadora titular “C” de tiempo completo, con perfil del Programa para el Desarrollo Profesional Docente, en la UJAT, y miembro del Sistema Nacional de Investigadores, nivel III. Líder del Cuerpo Académico Consolidado en Estudios de Derecho Civil en la misma universidad. Miembro regular de la AMC y del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid a partir de 1996. Ha desarrollado investigaciones sobre bioética y derecho civil en Cuba, España y México desde 1992. Coordinó el Doctorado de Estudios Jurídicos certificado por el Programa Nacional de Posgrados de Calidad de Conacyt de 2013 a 2018. Formó parte de la Comisión Dictaminadora del Sistema Nacional de Investigadores de Conacyt durante 2018-2020. Recibió el Doctorado Honoris Causa por el Colegio de Abogados Procesalistas Latinoamericanos en 2019. Es miembro de la Junta de Honor de Cátedras Conacyt.

Susana QUICIOS MOLINA

Doctora en derecho civil por la Universidad Autónoma de Madrid desde 1996, y profesora titular de derecho civil en esta Universidad desde 2002. Su dedicación a la investigación universitaria ha sido reconocida por la Agencia Nacional de Evaluación de la Calidad y Acreditación (España) por cuatro sexenios. Sus campos de investigación abarcan prácticamente todo el derecho civil: derecho de la persona, en particular la protección de los menores de edad; derecho de obligaciones y contratos, tanto la teoría general (protección del crédito, ineficacia contractual) como los contratos en particular (arrendamientos de cosas, arrendamientos urbanos, contrato de cajas de seguridad); derechos reales (garantías mobiliarias); y derecho de familia, en particular derecho de filiación. Es autora de cinco monografías y más de 60 colaboraciones en obras colectivas (algunas con varias ediciones) y artículos doctrinales; las monografías y obras colectivas han sido publicadas por las más acreditadas editoriales jurídicas españolas (Thomson Reuters Aranzadi,

Tirant lo Blanch, Bosch), y los artículos doctrinales y reseñas se han difundido en revistas indexadas de reconocido prestigio (*Derecho Privado y Constitución*, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, *Revista de Derecho Privado*, *Anuario de Derecho Civil*, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*). Ha coordinado las tres ediciones del *Tratado de Contratos* (5 tomos), dirigido por el profesor Rodrigo Bercovitz (editorial Tirant lo Blanch), y el *Tratado de la Compraventa*, coordinado por el profesor Ángel Carrasco (editorial Thomson Reuters Aranzadi). Ha sido investigadora principal del Proyecto de Investigación del Ministerio de Educación y Competitividad español DER2015-69261-R (financiado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional) “La evolución de las instituciones jurídicas de protección de menores” (finalizado en abril de 2019). Fue vocal del Comité Español de Disciplina Deportiva de 2008 a 2014, y vicedecana de Ordenación Académica y Grado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid entre 2004-2006 y 2015-2018.

Soledad TORRECUADRADA GARCÍA-LOZANO

Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Madrid; profesora titular de derecho internacional público y relaciones internacionales en la Facultad de Derecho de la misma universidad. Acreditada como catedrática por el Ministerio de Educación español (julio de 2012), con cuatro sexenios de investigación evaluados positivamente por dicho Ministerio. Ha sido vicedecana de Profesorado en la Facultad de Derecho (2014-2018); miembro del Consejo del Instituto Universitario de Estudios de la Mujer (Universidad Autónoma de Madrid) desde noviembre de 2018; coordinadora del Programa de Doctorado en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid y de su Comisión Académica (julio de 2018); presidenta de la Comisión Académica de Doctorado de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid (julio de 2018); miembro de la Comisión de Doctorado de la Universidad Autónoma de Madrid (enero de 2015); miembro fundador del Instituto Demospaz, Instituto de Derechos Humanos, Democracia, Cultura de Paz y No Violencia (Fundación Cultura de Paz-Universidad Autónoma de Madrid); miembro de la Cátedra UNESCO de Cultura de Paz y Derechos Humanos; miembro del Consejo de Dirección del Instituto Universitario de Necesidades y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (UNICEF-Universidad Autónoma de Madrid) desde noviembre de 2015, e integrante de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, y de la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional.

Filiación, gestación por sustitución, responsabilidad parental e interés superior de la niñez. Perspectivas de derecho comparado, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se publicó en versión digital el 6 de abril de 2021. En su composición tipográfica se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos.

El libro que tiene en sus manos es el resultado de una intensa colaboración entre colegas que comparten un mismo interés, aterrizado en la problemática jurídica en la que se ve inmersa la niñez, y que se concretó a partir de un proyecto y de la sinergia de las voluntades involucradas. Este fin fue materializado cuando se efectuó una Jornada hispano-mexicana en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en 2019, en donde se desarrollaron algunos temas de punta en torno a la niñez y sus implicaciones filiales en un mundo interconectado, en donde los desarrollos tecnológicos, principalmente en el área de la reproducción humana, tienen una importancia total.

Esta obra pone de relieve planteamientos complejos en temas como la filiación, la gestación por sustitución —y con ella la adopción—, la responsabilidad parental y el interés superior del menor, en donde no se pretenden respuestas sencillas, porque no las hay, pero sí se busca argumentar desde la diversidad de opiniones y del conocimiento, a través de las diferentes áreas a las que pertenecen las juristas: el derecho internacional público, el internacional privado y el derecho civil.

www.juridicas.unam.mx

