

## 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