

## LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Encuadre.* III. *Marco normativo de protección a los derechos de niñas y niños.* IV. *Nuevas realidades en relación con la maternidad y la paternidad.* V. *La filiación y sus derechos en la reproducción asistida: el caso del Distrito Federal.* VI. *Conclusiones.*

### I. INTRODUCCIÓN

No resulta extraño que los avances científicos y tecnológicos vayan más aprisa que la capacidad de los legisladores para crear normas jurídicas que regulen las consecuencias derivadas de los mismos. Uno de los casos más representativos es sin duda el tema de la reproducción asistida, que ha dado lugar a una verdadera revolución en relación con conceptos que, hasta hace muy poco tiempo, parecían ser unívocos y no tener conflictos. Actualmente, como resultado de los progresos en el ámbito de la medicina, la maternidad y la paternidad pueden adquirir diferentes modalidades dependiendo de la intervención en el nacimiento de una niña o niño. Las figuras *madre* y *padre*, que hasta hace algunas décadas no podían entenderse sino de la forma en que se habían interpretado durante siglos —biológica o adopti-

\* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

va—,<sup>1</sup> hoy tienen diferentes posibilidades que, desde luego, requieren de una regulación clara que permita tener seguridad jurídica sobre la filiación.

En el caso mexicano, las opciones abiertas en el campo mencionado han dado lugar a una serie de lagunas jurídicas, que podrían conducir a un conflicto entre las distintas personas que han intervenido en la procreación. Ciertamente es urgente la creación de nuevas normas jurídicas que regulen, tanto los aspectos de salud en la reproducción asistida, como las relaciones jurídicas derivadas de las nuevas posibilidades de gestación. Sin embargo, se requiere partir de una profunda reflexión desde el punto de vista de la bioética, pues no todo lo humanamente posible es éticamente deseable.

Uno de los puntos fundamentales que debe ser discutido es precisamente el relativo a la filiación y los derechos del hijo(a) producto de la reproducción asistida. Este tema, que será objeto del presente trabajo, tiene varias aristas que es necesario considerar. A diferencia de otro tipo de decisiones autónomas protegidas por derechos, que la persona puede tomar desde la perspectiva del Estado liberal, en los casos de reproducción asistida se deben tomar en cuenta otros elementos.

Se trata de un tema en el que están involucrados varios actores, titulares de derechos: madre(s), padre(s) e hijo(a). Esto significa que, por ejemplo, el acceso a las técnicas de reproducción asistida no puede ser considerado exclusivamente desde el punto de vista de la autonomía de la mujer o de la pareja que quiere procrear, pues entran en juego otros derechos del hijo(a). Y, como

<sup>1</sup> El parentesco derivado de la adopción está reconocido en el Código Civil Federal: *Artículo 293. El parentesco de consanguinidad es el que existe entre personas que descenden de un mismo progenitor.*

En el caso de la adopción plena, se equipará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Por otra parte, el artículo 295 del mismo Código Civil Federal establece el parentesco civil en la adopción simple: *Artículo 295. El parentesco civil es el que nace de la adopción simple y sólo existe entre adoptante y adoptado.*

se explicará más adelante, los derechos de este último deben tener prioridad sobre los derechos de las personas adultas, según la ley y los principios que rigen la interpretación de los derechos de niñas y niños.

Esto supone algunos problemas teóricos, pues podría suponer el reconocimiento de derechos de una persona que aún no existe, sin embargo, si el niño llega a gestarse, que es precisamente el objeto del ejercicio del derecho de los adultos (padre o madre), ¿qué pasará con los derechos que le corresponderían, es decir, de los que efectivamente será titular?

Las nuevas técnicas de reproducción han revolucionado los conceptos tradicionales del derecho familiar y hasta ahora el debate ha presupuesto la autonomía, ya sea de la pareja respecto de la procreación o de la mujer en relación con su cuerpo. Es necesario que el marco normativo, a partir de las reflexiones teóricas, pueda dar nuevas respuestas, especialmente desde la perspectiva de derechos de niñas y niños. Para ello, en este trabajo, entraremos al análisis del marco jurídico de los derechos de niñas, niños y adolescentes, así como a la doctrina desarrollada durante los últimos años, para realizar un ejercicio argumentativo sobre algunas implicaciones, hasta ahora insuficientemente debatidas.

## II. ENCUADRE

El punto de partida de cualquier reflexión sobre los derechos de niñas y niños, es la consideración de las diferencias respecto de los derechos de los adultos. Durante la minoría de edad los derechos presentan particularidades que los distinguen tanto en su titularidad como en su ejercicio.<sup>2</sup> Lo anterior deriva

<sup>2</sup> Hay incluso autores que niegan que los niños tengan verdaderos derechos, por ejemplo, algunos teóricos voluntaristas, que consideran que un derecho necesariamente conlleva la facultad para renunciar a su ejercicio, se oponen a considerar a los niños como verdaderos titulares de derechos. Entre estos se encuentran Hart y O'Neill [Hart, H.L.A., “¿Existen derechos naturales?”, en Quinton, Anthony, *Filosofía política*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 84-105;

del hecho de que durante la infancia y la adolescencia se presume la ausencia de capacidad de autonomía en las personas, lo que les impide la toma de decisiones relevantes. El comprender las razones por las cuales se da esta presunción, que se proyecta a todo el ámbito jurídico, será de utilidad para entender el por qué rara vez se consideran relevantes los derechos de los niños en general y, en particular, en la reproducción asistida.

Las primeras declaraciones de derechos, surgidas a finales del siglo XIX, reconocían, principalmente, el derecho a la libertad a partir de la prohibición de la interferencia de la autoridad en la vida privada del individuo. Tanto la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, como la Declaración de Virginia así lo establecieron:

V. La ley sólo debe prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no debe ser estorbado. Nadie debe verse obligado a aquello que la ley no ordena.<sup>3</sup>

1. Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; expresamente, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios para adquirir y poseer propiedades, y la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad.<sup>4</sup>

Sin embargo, en ambos documentos la titularidad de los derechos se restringe a aquellos capaces de ejercer la autonomía, que entonces se limitaba a los varones, adultos, blancos y propietarios. Quedaban excluidos, por razones “evidentes” aquellos seres que, por sus características “naturales” eran dependientes, entre otros, las mujeres y las niñas y niños:

...aquel que tiene derecho en esta legislación se llama ciudadano (*citoyen*, esto es ciudadano del Estado, no ciudadano de la ciudad,

O'Neill, Onora, “Children’s Rights and Children’s Lives”, en Alston, Philip *et al.* (eds.), *Children, Rights and the Law*, Oxford, Clarendon Press, 1995, pp. 24-42].

<sup>3</sup> Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

<sup>4</sup> Declaración de Derechos de Virginia del 12 de junio de 1776.

es decir bourgeois). La única cualidad exigida para ello aparte de la cualidad natural (no ser niño ni mujer) es esta: que uno sea su propio señor (*sui iuris*) y por lo tanto que tenga alguna propiedad, incluyendo en este concepto, toda habilidad, oficio, arte o ciencia que le mantenga, es decir, que en los casos en que haya de ganarse la vida gracias a otros lo haga por venta de lo que es suyo, no por consentir que otros utilicen sus fuerzas, en consecuencias se exige que no esté al servicio —en el sentido estricto de la palabra— de nadie más que de la comunidad.<sup>5</sup>

A lo largo de los dos siglos pasados (XIX y XX) se fue transformando la consideración de quienes podían ser titulares de derechos humanos, pero siempre con base en la capacidad de tomar decisiones autónomas. Mujeres, indígenas, minorías étnicas fueron adquiriendo así la categoría de ciudadanos para reivindicar la facultad para hacer ejercicio de las libertades, especialmente frente al Estado. El proceso de otros actores, como en el caso de niñas, niños o personas con discapacidad intelectual, ha sido más lento, pero la tendencia durante las últimas décadas ha sido hacia la expansión de la titularidad de los derechos.

El Estado liberal surge con una visión patrimonialista de los derechos (por ejemplo de los derechos civiles como honor, intimidad o vida privada), incluida la familia. Se considera también el propio cuerpo como patrimonio y a las hijas e hijos de la misma manera.<sup>6</sup> Esta percepción, profundamente enraizada en la

<sup>5</sup> Citado en Peces Barba, Gregorio y Dorado Porras, Javier, “Derecho, sociedad y cultura en el siglo XVIII”, en Peces Barba Martínez *et al.*, *Historia de los derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2001, t. II, vol. I, p. 84.

<sup>6</sup> Incluso en el Código Napoleónico el padre de familia podía hacer uso de las prisiones del Estado para sancionar al hijo: *El padre que tiene motivos muy graves de queja por la conducta de un hijo puede apelar ante el tribunal de distrito; hasta los dieciséis años, la detención no puede exceder de un mes; desde esa edad hasta la mayoría, puede alcanzar hasta los seis meses. Las formalidades —y las garantías— son muy reducidas: no hay ningún documento escrito ni ninguna formalidad judicial, como no sea la orden misma de arresto, en la que no aparecen enunciados los motivos. Si tras su libertad, el hijo “cae en nuevos extravíos”, puede ordenarse de nuevo su detención* (Hunt, Lynn, “La vida privada durante la Revolución francesa”, en Ariès, Phillippe y Duby, Georges (dir.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, vol. 7, 1991, p. 129). Sin ir más

tradición liberal, parece entrar en conflicto con la tendencia al reconocimiento de todas las personas como titulares de derechos humanos, por ejemplo durante la minoría de edad. Sin embargo, continúa arraigada en las culturas occidentales, pese a las transformaciones que en materia de derechos humanos se han dado en los últimos tiempos.

En lo referente a la reproducción asistida, el presupuesto parece ser el mismo. Así, la decisión sobre los derechos del hijo queda a disposición de la madre o de la pareja, dado que fueron quienes aportaron los materiales genéticos o procuraron la reproducción. Se ignora que existe un potencial conflicto de derechos y que esta visión es, por lo menos, cuestionable. El verdadero problema es que no sólo los derechos de las personas adultas están en el escenario, sino que el eventual producto de la fecundación será también titular de algunos derechos a los que, de antemano, se ha renunciado sin capacidad para ello, por lo menos desde un punto de vista ético y, como intentaré argumentar, también jurídico, de acuerdo con los derechos reconocidos en la actualidad a niñas y niños.

Como habíamos apuntado, quizá una de las dificultades radica en que los derechos de las niñas y niños son relativamente recientes y es ésta una de las razones por las cuales es difícil lograr su reconocimiento efectivo. El primer antecedente de estos derechos —después de su negación absoluta, como se explicó— fue la Declaración de Ginebra de 1924,<sup>7</sup> en donde se enunciaron algunos deberes de los hombres y mujeres hacia los niños. Una versión más elaborada y que reconoce expresamente derechos, fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20

lejos, hasta 1975 el artículo 423 del Código Civil en el ámbito federal, daba la facultad para quienes ejercían la patria potestad de corregir y castigar a sus hijos mesuradamente, con la posibilidad incluso de recurrir a las autoridades para lograr este objetivo.

<sup>7</sup> La Declaración de Ginebra fue redactada y promovida por Eglantyne Jebb (fundadora de la organización internacional Save the Children). Fue adoptada por la V Asamblea de la Sociedad de Naciones el 24 de septiembre de 1924.

de noviembre de 1959: la Declaración Universal de los Derechos del Niño.<sup>8</sup> Posteriormente y, tras una discusión que se llevó 10 años, se aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989,<sup>9</sup> que hoy por hoy es el instrumento jurídico que, en el ámbito internacional, establece los lineamientos sobre los derechos de niñas y niños en todo el mundo.

Debido a que los derechos de niñas y niños entran en juego en la reproducción asistida, es necesario tomar en consideración los aspectos sociales, culturales y jurídicos que han llevado a su invisibilización con el fin de hacerlos evidentes y así descubrir el peso que deben tener en la ponderación. Este ejercicio se ha identificado como *perspectiva de infancia*.<sup>10</sup>

Un presupuesto importante es que, durante la minoría de edad, los derechos no son renunciables, es decir, se extrae del titular toda facultad de decidir sobre el cumplimiento. Así, por ejemplo, una niña no puede renunciar a su derecho a la educación, como tampoco son renunciables los derechos vinculados con la patria potestad, o el derecho a ser vacunado como parte del derecho a la salud. De igual manera, en la mayoría de los casos el ejercicio de los derechos tampoco es renunciable por quienes ejercen la patria potestad (como en los ejemplos citados). De ahí que cobre sentido la pregunta ¿es legítimo entonces, jurídica y éticamente la renuncia por parte de quienes recurren a una té-

<sup>8</sup> La Declaración Universal sobre los Derechos del niño emplea ya el lenguaje de los derechos en diez principios.

<sup>9</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño es un instrumento jurídicamente vinculante, por lo que los Estados que la han ratificado están obligados a su cumplimiento. Consta de 54 artículos en los que se contempla un catálogo amplio de derechos del niño, además de crear el Comité de los Derechos del Niño, órgano responsable de verificar el cumplimiento de las obligaciones de la Convención por los Estados partes.

<sup>10</sup> La denominación pretende tomar la metodología de la perspectiva de género para el análisis de los factores que han condicionado el tratamiento jurídico a la infancia y adolescencia. Véase González Contró, Mónica (coord.), *De caballeras y príncipes. Perspectiva de género y ciudadanía para niñas y adolescentes*, México, Consejo General del Instituto Electoral del Distrito Federal-Asamblea Legislativa del Distrito Federal, 2009.

nica de reproducción asistida, que supone la intervención de un donante de esperma u óvulos, o que implica la gestación de una madre sustituta, a nombre de la persona menor de edad? Y ¿qué sucederá si al alcanzar la mayoría de edad la persona tiene una opinión distinta de las de sus *padres* o requiere, por alguna razón, conocer su origen genético? En otras palabras, ¿cuáles deben ser los límites de los derechos a la procreación de las personas adultas de acuerdo con los derechos del niño o niña producto de la procreación asistida?

### III. MARCO NORMATIVO DE PROTECCIÓN A LOS DERECHOS DE NIÑAS Y NIÑOS

Dadas las características especiales de los derechos de las personas menores de edad, es necesario atender a ciertos aspectos fundamentales, uno de ellos ya mencionado es la irrenunciabilidad de estos derechos, es decir, su carácter obligatorio tanto para los titulares como para sus representantes. Por ello hay que conocer no sólo la legislación relativa, sino los principios que rigen los derechos de niñas y niños.

El Comité de los Derechos del Niño, órgano responsable de supervisar el cumplimiento de los derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, así como de establecer criterios de interpretación,<sup>11</sup> ha señalado algunos principios contenidos en el instrumento que deben considerarse al momento de su aplicación. En la Observación General núm. 5 (2003) el Comité identifica cuatro principios rectores:<sup>12</sup> no discriminación,

<sup>11</sup> Para este fin el Comité emite dos tipos de documentos, *Observaciones generales* en las que el Comité realiza interpretaciones del contenido de las disposiciones sobre derechos humanos con una perspectiva basada en los derechos del niño y las *Observaciones finales* del examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención.

<sup>12</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4º y 42º y párrafo 6 del artículo 44)*.

respeto de las opiniones del niño, derecho a la vida, supervivencia y desarrollo e interés superior del niño.<sup>13</sup>

El principio de no discriminación, que está contenido en el artículo 20. de la Convención, prohíbe hacer distinciones en la garantía de los derechos. Según el Comité, esta obligación *exige que los Estados identifiquen activamente a los niños y grupos de niños cuando el reconocimiento y la efectividad de sus derechos pueda exigir la adopción de medidas especiales.*<sup>14</sup>

Los Estados partes tienen también obligación de garantizar el derecho intrínseco a la vida del niño y, en la máxima medida posible, el derecho a la supervivencia y desarrollo (artículo 6o.). Para el Comité, el derecho al desarrollo debe ser interpretado *en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño.*<sup>15</sup>

El artículo 12 establece *el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño y a que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del niño.* Este derecho se proyecta también al ámbito de lo público, respecto de leyes y políticas que pudieran, directa o indirectamente, afectar la vida de niñas y niños. Es importante señalar que el derecho a la participación, como el mismo artículo lo dice, no se limita a expresar las ideas, sino que supone que éstas sean debidamente tomadas en cuenta.<sup>16</sup> Este

<sup>13</sup> 9. *Las medidas generales de aplicación identificadas por el Comité y descritas en esta Observación general tienen por finalidad promover el pleno disfrute de todos los derechos reconocidos en la Convención por todos los niños, mediante la promulgación de disposiciones legislativas, el establecimiento de órganos de coordinación y supervisión, tanto gubernamentales como independientes, la reunión de datos de gran alcance, la concienciación, la formación y la formulación y aplicación de las políticas, los servicios y los programas apropiados* (*Ibidem*, p. 4).

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 5.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Respecto a la interpretación del derecho a la participación, el Comité emitió la Observación General No. 12 (2009): El derecho del niño a ser escuchado: *El derecho de todos los niños a ser escuchados y tomados en serio constituye uno de los valores fundamentales de la Convención. El Comité de los Derechos del Niño (“el Comité”) ha señalado el artículo 12 como uno de los cuatro principios generales de la Convención, junto con el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y la consideración pri-*

último rubro ha sido el más complicado de cumplir, en especial en México.<sup>17</sup>

Finalmente, el principio del interés superior del niño, contenido en el artículo 3o. de la Convención, ha sido el más frecuentemente utilizado en las decisiones públicas respecto de los derechos de niñas y niños. Según la interpretación del Comité, implica la revisión de la actuación de cualquier autoridad sobre las posibles afectaciones a los derechos de niñas y niños:

Todos los órganos o instituciones legislativos, administrativos y judiciales han de aplicar el principio del interés superior del niño estudiando sistemáticamente cómo los derechos y los intereses del niño se ven afectados o se verán afectados por las decisiones y las medidas que adopten; por ejemplo, una ley o una política propuestas o existentes, una medida administrativa o una decisión de los tribunales, incluyendo las que no se refieren directamente a los niños pero los afectan indirectamente.<sup>18</sup>

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha interpretado también el principio del interés superior del niño retomando lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el sentido de que éste supone que el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos debe regir en la creación y aplicación de las normas jurídicas que le conciernen:

*mordial del interés superior del niño, lo que pone de relieve que este artículo no sólo establece un derecho en sí mismo, sino que también debe tenerse en cuenta para interpretar y hacer respetar todos los demás derechos* (p. 5).

<sup>17</sup> En las Observaciones Finales a México respecto del Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 44 de la Convención, Observaciones Finales (2006), el Comité hace la siguiente recomendación al Estado mexicano: *Examine periódicamente hasta qué punto los niños participan en la formulación y evaluación de leyes y políticas que los afectan, tanto en el plano nacional como en el local, y evalúe en qué medida se tienen en cuenta las opiniones de los niños, incluso su repercusión en las políticas y los programas pertinentes* (CRC/C/MEX/CO/3, 8 de junio de 2006, p. 7).

<sup>18</sup> Comité de los Derechos del Niño, *Observación General No. 5 (2003)*, cit., p. 5.

### INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO. SU CONCEPTO.

En términos de los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o. de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada 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”.<sup>19</sup>

Precedentes: Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.

En el ámbito interno, pese a que el artículo 4o. constitucional no contempla expresamente ninguno de los principios identificados por el Comité, la ley reglamentaria, así como los criterios judiciales, permiten sostener que resultan aplicables a todas las decisiones que conciernen a la vida de niñas y niños.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes establece en el artículo 3o. como principios: el interés superior de la infancia, no discriminación, igualdad, vida en familia, vida libre de violencia, corresponsabilidad entre familia, Estado y sociedad y tutela plena e igualitaria de los derechos. Por su parte, el artículo 4o. de la misma ley establece que, en atención al principio del interés superior de la infancia, *el ejercicio de los*

<sup>19</sup> Tesis 1a. CXLI/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Primera Sala, XXVI, julio de 2007, p. 265.

*derechos de los adultos no podrá, en ningún momento, ni en ninguna circunstancia, condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes.*

El artículo 11 de la mencionada ley establece que los obligados respecto del cumplimiento de los derechos serán los padres y madres (además de las personas que tienen a su cuidado niñas, niños y adolescentes). Lo mismo está previsto en el artículo 4o. constitucional. Pero esta relación, que hasta hace poco años no era problemática pues estaba perfectamente regulada, derivado de los avances en materia de tecnología reproductiva, abre muchas posibilidades que obligan a algunas reflexiones con el fin de determinar sobre quién o quiénes recaerán estos deberes. En este sentido, se justifica también el cuestionar qué papel juegan los principios en la regulación de la reproducción asistida, especialmente cuando otros derechos resultan afectados, como es el caso del derecho a la identidad, o los derechos derivados de la filiación.

#### IV. NUEVAS REALIDADES EN RELACIÓN CON LA MATERNIDAD Y LA PATERNIDAD

Las nuevas posibilidades en materia de reproducción asistida han llegado al grado de poner en entredicho un principio vigente durante siglos en occidente: *Mater semper certa est*, pues hoy puede haber múltiples significados de lo que es la maternidad. Esto, desde luego, tiene importantes implicaciones en diversas materias, pero ha sido, en general, poco discutido desde la perspectiva de los derechos de niñas y niños.

Resulta paradójico que los avances científicos han permitido establecer con certeza la paternidad genética a través de las pruebas de ADN y, al mismo tiempo, reducir la seguridad de la filiación con el empleo de las técnicas de reproducción asistida. Así, en la actualidad, mientras se pueden garantizar de mejor manera los derechos del niño(a) respecto del padre, en algunos casos se ponen en riesgo otros derechos vinculados con la filiación, debido a la existencia de diversos tipos de “maternidades” y “paternida-

des". Sin embargo, también es claro que no todos los casos de reproducción asistida son igualmente problemáticos.

Entre los diversos tipos de "maternidad", encontramos los siguientes, pudiendo coincidir todas en una sola mujer (como sucede en la mayoría de los casos), o corresponder una o más a distintas mujeres:<sup>20</sup>

- Maternidad social:<sup>21</sup> la maternidad social se refiere al rol asumido por la mujer en la crianza de la niña o niño. Es quien desempeña el papel de madre durante la infancia y adolescencia del hijo, pudiendo haberlo o no gestado. Por ejemplo, una madre adoptiva es madre social, aunque no gestante ni genética. Es madre social también aquella que procura el nacimiento, aunque no aporte material genético ni geste al niño, siempre y cuando desempeñe el papel de madre.
- Maternidad genética: Se refiere a la mujer que aporta el material genético, es decir el óvulo, para la procreación. Puede tratarse de una donante anónima o coincidir con la madre gestante y diferir de la madre social. En este último caso, por ejemplo, el óvulo de la mujer sería fecundado por el espermatozoide del padre o de un donante y llevaría a cabo la gestación, pero entregaría al bebé al momento de dar a luz. La maternidad legal dependería en este supuesto de la regulación, o la falta de ella, sobre el parentesco derivado de la reproducción asistida.

<sup>20</sup> Pérez Duarte distingue tres tipos de figuras respecto de la maternidad: “*la social, aquella que la sociedad y la ley reconocen como la madre; la genética, correspondiente a la mujer que aporta los gametos para la fecundación; y, finalmente, puede darse el caso de que una mujer porte a término el embarazo en su útero sin desear ser madre y sin aportar tampoco el óvulo para la fecundación*”. Pérez Duarte, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, p. 185.

<sup>21</sup> Se retoma el concepto de maternidad “social” utilizado por Pérez Duarte, aunque se le distingue de la maternidad legal para dar cuenta de los casos de las mujeres que, sin vínculo legal alguno, desempeñan el rol de madres durante toda la vida del niño o niña.

- Maternidad gestante: Se trata de la mujer que gesta en su vientre a la niña o niño producto de la reproducción asistida. En caso de no coincidir con la madre social<sup>22</sup> (quien procura el nacimiento), se trata de una subrogación de vientre. Como se mencionó, puede haber aportado el material genético, o haber sido inseminada con el material genético de otra mujer.
- Maternidad legal: es la mujer que es reconocida por la ley como madre y, por tanto, ejerce los derechos y deberes vinculados con la patria potestad. La maternidad legal estará determinada por la regulación sobre los distintos supuestos de la reproducción asistida. Por ejemplo, en los Estados en que la maternidad subrogada está prohibida, la madre legal será quien dé a luz, mientras que si está permitida, será la mujer que haya procurado el nacimiento. Derivado de las distintas posibilidades de intervención en la procreación y la falta de legislación, es que hay un gran vacío respecto de la maternidad legal.<sup>23</sup>

Respecto de la “paternidad” existen estas posibilidades, pudiendo, al igual que en el caso de la maternidad, coincidir todos en un solo varón o ser diferentes:<sup>24</sup>

<sup>22</sup> Y que coincidirá con la madre legal si, como en el caso del Distrito Federal, la ley la reconoce como tal.

<sup>23</sup> El artículo 92 del Código Civil para el Estado de Tabasco, hace las siguientes distinciones: *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. Se considera madre contratista a la mujer que converga en utilizar los servicios de la madre gestante sustituta o de la madre subrogada, según sea el caso.*

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

<sup>24</sup> Respecto de la paternidad, Pérez Duarte reconoce las siguientes posibilidades: “*Respecto de la paternidad, aparece, junto con el varón que genéticamente es el padre por ser quien aportó los gametos masculinos para la concepción, otra figura: el padre social, es*

- Paternidad social:<sup>25</sup> es quien desempeña socialmente el rol de padre. Anteriormente la paternidad social generalmente iba asociada a una presunción en los casos de hijos nacidos dentro del matrimonio, que establecía la paternidad legal.
- Paternidad genética: Se trata del varón que aporta el material genético para la procreación. Puede tratarse de un donante anónimo, cuyo semen sea utilizado para fecundar a varias mujeres. El padre genético puede también aportar el material para procrear en el vientre de una mujer distinta de su pareja, ya sea con el material genético de ésta, de la madre gestante o de una donadora anónima.
- Paternidad legal: Es la paternidad reconocida por la ley de la cual derivan los derechos y obligaciones vinculados con la patria potestad. Ésta se configura también a partir de una serie de presunciones respecto de los hijos nacidos dentro del matrimonio, pero desde hace algunos años es posible establecerla con seguridad a través de las pruebas de ADN.

Ante estas nuevas posibilidades, tendremos que preguntarnos sobre las consecuencias desde la perspectiva de derechos de niñas y niños, dado que la paternidad o maternidad siempre supone una relación en la cual hay tres actores: la madre, el padre y el hijo(a). Es en este orden de importancia que se ha abordado el debate sobre la reproducción asistida. Pero es momento de comenzar a analizar el papel de los otros actores y, en este caso, de las niñas y niños. La ausencia de una visión relacional de la maternidad y la paternidad ha invisibilizado a la parte más vulnerable, pues en el

*decir, aquel que desea asumir todas las responsabilidades respecto de la paternidad; éste puede ser el marido o concubino de la madre o simplemente un varón soltero que desea tener hijos solicitando los ‘servicios’ de una mujer que acepte aportar los gametos femeninos para, después, entregar el hijo o la hija a dicho varón”* (Pérez Duarte, Alicia Elena, *op. cit.*, p. 185).

<sup>25</sup> Al igual que en el caso de la maternidad, se añade a la clasificación de Pérez Duarte la distinción entre padre social y legal.

momento de la decisión probablemente no se trate más que de una posibilidad, pero esa posibilidad es justamente el fin último de la decisión y por ello no puede ser ignorada. A diferencia de otros debates en los que también hay colisiones de derechos, en el caso de la reproducción asistida la razón misma por la que se recurre a estas técnicas (como ejercicio de un derecho) es el deseo de tener un hijo o, en otras palabras, de procurar el nacimiento de un nuevo titular de derechos.

## V. LA FILIACIÓN Y SUS DERECHOS EN LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA: EL CASO DEL DISTRITO FEDERAL<sup>26</sup>

El artículo 4o. constitucional reconoce el derecho que cada persona tiene para decidir el número y espaciamiento de sus hijos. Cuando, en 1974, se reformó el artículo para introducir el llamado derecho a la planificación familiar, seguramente el Constituyente permanente no tenía en mente la posibilidad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida,<sup>27</sup> pues incluso muchos años después se consideraba que esta disposición constitucional ni siquiera establece el derecho a la procreación: en lo personal no considero que este dispositivo establezca el llamado derecho a la procreación, dado que es ésta una capacidad humana totalmente natural. Lo que se garantiza en el artículo 4o. es que cada persona (desde luego en tanto que elemento substancial de la pareja) puede decidir libremente, es decir, en uso de su libre albedrío, sobre sus descendientes.<sup>28</sup>

El objetivo de dicha norma constitucional es, en opinión de algunos autores, establecer una prohibición para el Estado de in-

<sup>26</sup> Otros estados de la República que contemplan disposiciones en materia de reproducción asistida son Tabasco, Coahuila y San Luis Potosí.

<sup>27</sup> La primera persona producto de una fecundación *in vitro* fue Louise Brown, quien nació el 28 de julio de 1978 en la localidad de Oldham, Gran Manchester, Inglaterra. El material genético fue aportado por los padres de la niña.

<sup>28</sup> Madrazo, Jorge, “Comentario al artículo 4o. de la Constitución mexicana”, *Derechos del pueblo mexicano*, t. XVII, México, Porrúa, 2006, p. 152.

tervenir en la decisión de la pareja respecto del momento en que decidan ser madres o padres. Es decir, establece una libertad negativa para las personas respecto de la posibilidad de procrear: en la configuración de la descendencia de las familias mexicanas, el Estado no puede intervenir sino para informar y generar conciencia en los elementos de la pareja sobre las responsabilidades de la paternidad.<sup>29</sup>

Es claro que, pese a que según esta interpretación el artículo 4o. constitucional establece una libertad, ésta en modo alguno supone la posibilidad de renunciar a nombre de los hijos a los derechos derivados de la filiación. Es decir, la libre decisión de la maternidad o paternidad hace surgir ciertos deberes hacia la hija o hijo, como establece el artículo 303 del Código Civil Federal (y el mismo artículo del Código Civil para el Distrito Federal): “Artículo 303. Los padres están obligados a dar alimentos a sus hijos. A falta o por imposibilidad de los padres, la obligación recae en los demás ascendientes por ambas líneas que estuvieren más próximos en grado”.

Corrobora lo anterior que, en los casos en que no se recurre a alguna técnica de fertilización, ambos progenitores tienen deberes sobre los hijos y no sólo eso, sino que el hijo tiene derecho a ser reconocido (en la mayoría de los casos por el padre) para que se le garanticen los derechos como tal. Este derecho es de tal importancia que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido una presunción de paternidad para los casos en que el presunto progenitor se niegue a practicarse la prueba de ADN.<sup>30</sup> Esto sería procedente aun cuando la madre hubiera renunciado a los derechos que corresponden al hijo respecto del padre, pues la ley no reconoce validez a dicha renuncia.

<sup>29</sup> *Idem*.

<sup>30</sup> Tesis 1a./J. 101/2006: JUICIOS DE PATERNIDAD. EN LOS CASOS EN QUE A PESAR DE LA IMPOSICIÓN DE MEDIDAS DE APREMIO LOS PRESUNTOS ASCENDIENTES SE NIEGAN A PRACTICARSE LA PRUEBA PERICIAL EN MATERIA DE GENÉTICA (ADN), OPERA LA PRESUNCIÓN DE LA FILIACIÓN CONTROVERTIDA (LEGISLACIONES DE NUEVO LEÓN Y DEL ESTADO DE MÉXICO), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Primera Sala, XXV, marzo de 2007, p. 111.

Sin embargo, en el Distrito Federal, desde hace algunos años, se ha venido reformando el Código Civil para reconocer, no sólo el derecho a procrear, sino el derecho a recurrir a las técnicas de reproducción asistida. Esto plantea serios problemas, uno de ellos radica en la identificación del tipo de derecho del que estamos hablando, pues ya no se trata de una *capacidad humana totalmente natural*, como parece presuponer el artículo 4o. constitucional. El artículo 162<sup>31</sup> del Código Civil para el Distrito Federal reconoce estos derechos:

Artículo 162. Los cónyuges están obligados a contribuir cada uno por su parte a los fines del matrimonio y a socorrerse mutuamente.

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.

En este sentido, la nueva regulación en materia familiar, que corresponde a las entidades federativas, ha generado una diferencia respecto de lo que significa ser progenitor en el Distrito Federal y en el ámbito federal, así como en otros estados. El Código Federal establece que la maternidad deriva del nacimiento: “Artículo 360. La filiación de los hijos nacidos fuera de matrimonio resulta, con relación a la madre, del solo hecho del nacimiento. Respecto del padre sólo se establece por el reconocimiento voluntario o por una sentencia que declare la paternidad”.

En contraste, el Código Civil para el Distrito Federal establece la posibilidad de que la maternidad o paternidad deriven del hecho de haber procurado un nacimiento:<sup>32</sup>

<sup>31</sup> Reformado el 25 de mayo de 2000.

<sup>32</sup> El Código Civil para el Estado de Tabasco reconoce también el parentesco del hijo producto de la reproducción asistida: Artículo 92... *En el acta de nacimiento no se hará ninguna mención que califique la filiación en forma alguna. Las palabras “hijo legítimo”, “hijo natural”, “hijo ilegítimo”, “hijo de padres desconocidos”, “hijo de padre desconocido”, “hijo de madre desconocida”, o “habido como consecuencia de*

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.<sup>33</sup>

En el caso de la adopción, se equiparará al parentesco por consanguinidad aquél que existe entre el adoptado, el adoptante, los parientes de éste y los descendientes de aquél, como si el adoptado fuera hijo consanguíneo.

Estas discrepancias generan diversas consecuencias, dado que de la filiación derivan una serie de derechos y obligacio-

*cualquier método de reproducción humana artificial”, que se inserten con infracción de este artículo, se testarán de oficio, de manera que queden ilegibles. El oficial del Registro Civil que inserte en el acta alguna de estas menciones será sancionado, la primera vez con una multa por el equivalente a quince días de salario mínimo general vigente en la entidad y la segunda con destitución del cargo. La investigación de la paternidad y de la maternidad está permitida en los términos establecidos por este Código.*

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

En contraste, el Código Civil para el Estado de Coahuila de Zaragoza no reconoce validez al contrato de maternidad subrogada, pero reconoce la maternidad a la mujer que lleva a cabo la gestación: *Artículo 491. 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 su parte, el Código Civil para el Estado de San Luis Potosí reconoce, para efectos sucesorios, como hijos concebidos durante el matrimonio a los embriones procreados para fines de reproducción asistida: *Artículo 1160. Son incapaces de adquirir por testamento o por intestado, a causa de falta de personalidad, los que no estén concebidos al tiempo de la muerte de la o el autor de la herencia, o los concebidos cuando no sean viables, conforme a lo dispuesto en el artículo 180 del Código Familiar para el Estado.*

*Para los efectos de este artículo se consideran concebidos durante el matrimonio los embriones procreados por voluntad de la pareja con fines de reproducción asistida, estándose a lo dispuesto por el artículo 1474 de este Código.*

<sup>33</sup> Reformado el 2 de febrero de 2007.

nes<sup>34</sup> que, por la diferencia en las regulaciones, pueden no ser claros.<sup>35</sup> Al mismo tiempo, surgen dificultades en lo relativo a la prueba de la filiación, pues si padre o madre e hijo no comparten material genético (en los casos de donación de células germinales) ¿Cómo podrá probarse la filiación y, por tanto, exigirse los derechos vinculados con ésta?

Se entiende que, en el caso de que la procreación no haya sido producto de alguna técnica de reproducción asistida, subsisten los derechos del hijo respecto de los progenitores, pues tanto el Código Civil Federal como el Código Civil para el Distrito Federal contienen una prohibición expresa de transigir con los derechos de la filiación: “Artículo 338. La filiación es la relación que existe entre el padre o la madre y su hijo, formando el núcleo social primario de la familia; por lo tanto, no puede ser materia de convenio entre partes, ni de transacción, o sujetarse a compromiso en árbitros”.

El mismo Código Civil para el Distrito Federal establece una presunción sobre la maternidad o paternidad en caso de resistencia a someterse a pruebas científicas para su acreditación:

Artículo 382. La paternidad y la maternidad pueden probarse por cualquiera de los medios ordinarios. Si se propusiera cualquier prueba biológica o proveniente del avance de los conocimientos científicos y el presunto progenitor se negara a proporcionar la muestra necesaria, se presumirá, salvo prueba en contrario, que es la madre o el padre.

El problema desde luego surge si la maternidad deriva de la *procuración del nacimiento para atribuirse el carácter de progenitores o progenitora* y no coincide con la aportación de células germinales (como puede ser cuando una mujer es inseminada con el óvulo de una

<sup>34</sup> El artículo 138 quintus del Código Civil para el Distrito Federal, adicionado el 25 de mayo de 2000, establece lo siguiente: *Las relaciones jurídicas familiares generadoras de deberes, derechos y obligaciones surgen entre las personas vinculadas por lazos de matrimonio, parentesco o concubinato.*

<sup>35</sup> Aunado a que la materia de salud es de competencia federal, lo que puede dar origen a otras antinomias.

mujer distinta), pues en su caso las pruebas científicas no arrojarán datos sobre la maternidad. Este artículo parece partir de la identidad entre la madre genética y la legal, cuando el mismo ordenamiento abre la posibilidad de que éstas no sean coincidentes.

Pero la parte más problemática, desde mi punto de vista, se relaciona con la facultad que se da a la mujer de renunciar, a nombre de un tercero, a los derechos vinculados con la filiación en los casos de la reproducción asistida. Esta posibilidad se abre al contemplarse el supuesto de que no se den vínculos de consanguinidad derivada de la donación de células germinales.<sup>36</sup> Esto podría tener como consecuencia, entre muchas otras, el que un niño o niña carezca de padre legal (el mismo Código Civil para el Distrito Federal establece que puede procurarse el nacimiento para atribuirse el papel de progenitora), lo que puede conducir a la vulneración de varios derechos. Se trata no sólo del cumplimiento de los deberes derivados de la paternidad, en concreto alimentos,<sup>37</sup> sino también del derecho a la identidad biológica, lo que entra en contradicción con un derecho reconocido expresamente en la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal:<sup>38</sup>

<sup>36</sup> Aunque el Código Civil del D.F. establece, en el caso de que se trate de una mujer casada, que el marido no puede desconocer al hijo producto de la reproducción asistida si consintió en ésta: *Artículo 326. El cónyuge varón no puede impugnar la paternidad de los hijos alegando adulterio de la madre aunque ésta declare que no son hijos de su cónyuge, a no ser que el nacimiento se le haya ocultado, o que demuestre que no tuvo relaciones sexuales dentro de los primeros ciento veinte días de los trescientos anteriores al nacimiento.*

*Tampoco podrá impugnar la paternidad de los hijos que durante el matrimonio concibió su cónyuge mediante técnicas de fecundación asistida, si hubo consentimiento expreso en tales métodos.*

<sup>37</sup> Para un análisis más detallado sobre el derecho a la identidad y los derechos derivados de la filiación, véase González Contró, Mónica, “Reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en México”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 130, enero-abril de 2011.

<sup>38</sup> En la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de carácter federal), este derecho a la identidad tiene como limitante el

Artículo 5. De manera enunciativa, más no limitativa, conforme a la presente ley las niñas y niños en el Distrito Federal tienen los siguientes derechos:

B) A la identidad, certeza jurídica y familia:

I. A la identidad, tomando como base el conjunto de atributos y derechos de la personalidad conforme a lo previsto en la legislación civil;

II. A ser registrados después de su nacimiento, con un nombre y apellidos propios, de conformidad con lo establecido en la legislación civil;

III. A solicitar y recibir información sobre su origen, sobre la identidad de sus padres y a conocer su origen genético;

IV. A vivir y crecer en el seno de una familia, conocer a sus progenitores y a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos, aun en el caso de estar separados, salvo si ello es contrario al interés superior de la niña.

En el mismo sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha señalado que el derecho a conocer el origen biológico forma parte del derecho a la identidad:

#### DERECHO A LA IDENTIDAD DE LOS MENORES. SU CONTENIDO.

El artículo 7o. de la Convención sobre los Derechos del Niño (ratificada por el Estado Mexicano y publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991) dispone que el niño 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. En concordancia con lo anterior y conforme al numeral 3 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes (de orden público, interés social y observancia obligatoria para toda la República), son principios rectores de la protección de los menores, entre otros, el del interés superior de la infancia y el de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el ar-

que las leyes no lo prohíban: *Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por: C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.*

título 22 de dicha Ley establece el derecho a la identidad, el cual se compone por el derecho a tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca, a tener una nacionalidad y a conocer su filiación y su origen, salvo en el caso que las leyes lo prohíban. Así, el hecho de que el menor tenga la certeza de quién es su progenitor, constituye un principio de orden público que es parte del núcleo esencial del derecho fundamental a la personalidad jurídica, cuya importancia no sólo radica en la posibilidad de solicitar y recibir información sobre su origen, la identidad de sus padres y el conocimiento de su origen genético, sino que a partir de esos elementos puede derivarse, por una parte, su derecho a tener una nacionalidad y, por otra, el derecho a que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo pleno e integral.

Amparo directo en revisión 908/2006. 18 de abril de 2007. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretario: Heriberto Pérez Reyes.<sup>39</sup>

Finalmente, el Código Civil para el Distrito Federal establece igualdad entre los derechos derivados de la filiación, independientemente de su origen: “Artículo 338 Bis. La ley no establece distinción alguna entre los derechos derivados de la filiación, cualquiera que sea su origen”.

Lo anterior abre paso a una gran cantidad de preguntas complejas ¿puede una mujer, renunciar a los derechos del hijo al recurrir a las técnicas de reproducción asistida? ¿Por qué en los casos en que no se recurra a alguna de estas técnicas, subsiste el derecho a reclamar la filiación por parte del hijo? ¿Cómo garantizar los derechos de niñas y niños contenidos en el artículo 4o. constitucional, en la Convención sobre los Derechos del Niño y demás leyes aplicables si ser progenitor tiene un distinto significado en el Código Civil del Distrito Federal, el Código Civil Federal y los códigos respectivos de los estados? ¿Quién debe cumplir con el

<sup>39</sup> Tesis 1a. CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, Primera Sala, XXVI, julio de 2007, p. 260.

deber de alimentos? La regulación actual parece ser contradictoria con los derechos de niñas y niños, así como con los principios que rigen estos derechos, en especial, el principio del interés superior del niño.

En conclusión, tal como señala Ingrid Brena, es necesaria la reflexión sobre los temas, de una manera integral y, sobre todo, desde la perspectiva de los derechos de niñas y niños:

La posibilidad de establecer o negar la paternidad o maternidad entre dos personas a través de una prueba genética ha cimbrado hasta sus cimientos a la institución de la filiación. Las repercusiones de este cisma llegan a incidir en los derechos humanos de los involucrados en forma tal, que se torna imprescindible la reflexión sobre temas como el sistema legal para establecer la filiación y las consecuencias jurídicas de tal establecimiento y, por otro lado, las herramientas que brinda actualmente la ciencia genética para identificar una relación de filiación biológica.<sup>40</sup>

## VI. CONCLUSIONES

Son muchas las dificultades que derivan de la posibilidad de recurrir a las técnicas de reproducción asistida, en particular respecto de la filiación. Actualmente, en México, la ley no ha sido capaz de resolver las posibles controversias que surgirían de esta nueva realidad, presentando incluso regulaciones contradictorias. La parte más vulnerable en este escenario, es el producto de la reproducción, la niña o niño. Y es precisamente esta parte la que ha permanecido invisibilizada en el debate sobre el tema. No cabe duda que subsiste en el imaginario jurídico la vieja idea de que las niñas y niños son propiedad de sus padres.

Pese a que, como ya se mencionó, una de las dificultades en los derechos vinculados a las técnicas de reproducción asistida,

<sup>40</sup> Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud, temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 85.

que suponen la intervención de más personas que las que procuran el nacimiento ya sea aportando material genético o el útero para la gestación, radica en que, al momento de tomarse la decisión, no existe un titular de derechos, es decir, todavía no existe el producto de esa reproducción. Sin embargo, de tener éxito la técnica de reproducción, habrá una niña o niño que será titular de derechos y, eventualmente, podrá exigir su cumplimiento. Por esta razón, y haciendo una interpretación sistémica de los principios y normas que protegen a este grupo, deberán garantizarse las condiciones para al supuesto de que la niña o niño decida hacer ejercicio de los derechos vinculados a la filiación, por lo menos el derecho a la identidad.

Desde la perspectiva de los derechos del niño no existe justificación suficiente para que una mujer tenga facultad para renunciar a los derechos que corresponden a su hija o hijo por el simple hecho de recurrir a una técnica de reproducción asistida. Si se trata de una pareja, tendría que abrirse un amplio debate, tal vez para equiparar este supuesto a la figura de la adopción plena, que extingue el vínculo con los padres biológicos, bajo la lógica de que los padres adoptivos serán los responsables de velar por el cumplimiento de los derechos del niño. En todo caso, habría que abrir un amplio debate sobre las nuevas realidades y formas de garantizar los derechos de niñas y niños a la luz de éstas.

Uno de los principios mencionados se refiere al derecho a ser escuchado. La obligación de escuchar a niñas y niños depende de que las decisiones que se vayan a tomar les afecten o no. Aunque habría que aclarar que el Comité ha sido claro respecto de que esta afectación no necesariamente debe ser directa. Cabría entonces la pregunta ¿afecta la regulación en materia de reproducción asistida la vida de niñas y niños? ¿en qué medida?

La respuesta es contundente: el niño sí es afectado por cualquier decisión sobre el derecho a conocer su origen genético, gestacional o social. Esto debe llevar a una limitación en las decisiones de los padres respecto de la información que deciden dar a sus hijos, pues, en consonancia con los principios reconocidos

en la ley, los derechos de los adultos no pueden desplazar los derechos de los hijos ¿qué sucede entonces, por ejemplo, con los donantes de material genético anónimos? Estas y muchas otras preguntas deben ser discutidas ampliamente, a la luz de los principios de no discriminación, derecho a la vida a la supervivencia y al desarrollo, participación e interés superior del niño. Lo anterior considerando no sólo las circunstancias de la concepción y gestación, sino las consecuencias en la vida de la niña o niño.

Los resultados de estos debates deben tener repercusión de manera transversal en toda la regulación que toca aspectos de reproducción asistida, desde los sanitarios hasta los relativos a la materia familiar.

El enfoque de derechos de niñas y niños nos es de gran utilidad para encausar una última reflexión, relacionada con la evolución que el concepto de la infancia y adolescencia vinculada a la filiación, ha tenido en la historia moderna de occidente. En este sentido, es ilustrativo mirar como los historiadores describen el proceso de transformación de la adopción. Durante mucho tiempo los hijos representaban la continuidad el linaje.<sup>41</sup> En el siglo XIX se comienza a dar un giro hacia la valoración de los niños en sí mismos y la adopción se comienza a considerar como un derecho de los padres a tener hijos. Durante el siglo XX esta visión se transforma, pasando a considerarse como un medio para garantizar el derecho del niño a tener una familia.

El recurrir a las técnicas de reproducción asistida en ocasiones parece indicar un deseo más parecido a la antigua idea de continuidad de linaje que al deseo de la maternidad o paternidad. Sigue existiendo un gran prejuicio en contra de la adopción, especialmente cuando no se trata de bebés recién nacidos que es posible “moldear” a gusto de los padres. Sería aventurada una conclusión sin mayores elementos, pero algunas situaciones y justificaciones parecerían reflejar que la visión adultocéntrica,

<sup>41</sup> Perrot, Michelle, “Figuras y funciones”, en Ariès, Philippe y Duby, Georges (dirs.), *Historia de la vida privada*, Madrid, Taurus, 1991, vol. 7, pp. 127-191.

sustentada en el viejo paradigma liberal, está muy lejos de ser superada. A ello se suman otras cuestiones éticas, como la práctica de la eugenesia, la posibilidad de los matrimonios entre consanguíneos, la conservación de embriones, por mencionar sólo algunas. Los argumentos que recurren a la supuesta autonomía de los padres sin tomar en consideración a los hijos, parecerían confirmar esta afirmación. Nada me daría mayor alegría que estar equivocada.