

# LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PROYECTO DE CONVENCIÓN ANTE LA PROCREACIÓN ASISTIDA

Por Alicia Elena PÉREZ DUARTE Y N.

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *Los derechos del niño.* III. *La procreación asistida.* IV. *La legislación civil mexicana.* V. *Reflexión final.*

## I. *Introducción*

Cuando se hace mención de los derechos de la niñez existe un consenso que podemos calificar de universal, pues hombres y mujeres tenemos una fibra sensible en algún lugar de nuestra persona que se conmueve al oír hablar de niños desamparados, niños maltratados, niños esclavizados. Sin embargo, rara vez pensamos por ser lo cotidiano, que nuestros niños(as) son y existen aun fuera de estos casos extremos peligrosos para hombres y mujeres independientemente de su edad.

Estamos tan acostumbrados (as) a ver a los niños y niñas corriendo a nuestro alrededor que tenemos que hacer un esfuerzo de concientización para recapitular sobre la situación que estos niños y niñas tienen en su vida al interior de su grupo familiar, en sus escuelas y en general en su trato diario con otros niños y niñas y con el mundo adulto.

Relaciones que están, o deberían estar, normadas por la legislación civil. Es ahí en donde debemos encontrar, en primera instancia, una respuesta a los derechos fundamentales de la niñez. Tanto aquellos inherentes a su ser humano como aquellos que les son específicos en tantos niños (as). Es ahí en donde una declaración sobre el derecho a la vida del niño (a) debe ser concretado en algo más que una conflictiva protección al *naciturus* como la contenida en nuestro artículo 22 del Código civil vigente para el Distrito Federal.<sup>1</sup> Es ahí, en donde el derecho a la vida debe ser calificado

<sup>1</sup> Aplico el calificativo de conflictiva a la protección contenida en el numeral que cito, pues en ella se concentran las discusiones en torno al aborto. Desde cualquier

con la dignidad inherente a estas niñas y niños a través de, por ejemplo, una institución alimentaria que efectivamente les dé los instrumentos necesarios para obtener de sus padres, o de quienes estén obligados a ello, los recursos para su subsistencia;<sup>2</sup> o de una normatividad que vele, realmente, por el mejor interés del niño (a) en caso del divorcio de sus progenitores.

Recordemos que, socialmente, las estructuras familiares tienen su razón de ser en función de la atención que debemos darle a nuestros hijos (a). Desde Rousseau se afirma que la familia es una agrupación que surge espontáneamente por razones naturales, una de las cuales es la crianza y sostenimiento de los hijos e hijas.<sup>3</sup> Psicológicamente es en el contexto familiar, en esas relaciones primarias, en donde nuestras niñas y niños reciben los condicionamientos que más adelante van a caracterizar sus respuestas en sociedad. Es en el interior de nuestras familias en donde ellos (as) adquieren conciencia de sí mismos (a); de su ser presente, de su devenir y de su origen.<sup>4</sup>

Todos estos son factores que han sido reconocidos, poco a poco por el mundo adulto. La conciencia de la niñez y su importancia en el porvenir de cada hombre y cada mujer se ha ampliado en el transcurso del tiempo.<sup>5</sup> Sin embargo, ha sido una constante en el siglo que vivimos. Por ello vemos en dos declaraciones internacionales la impronta de esta concientización. En la declaración de Ginebra vemos un artículo primero, que establece que el niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual. Treinta años después, la Asamblea General de las Naciones Unidas emitió otra declaración referente también a los derechos del niño, que refleja esta ampliación de conciencia a que me refiero y tenemos declaraciones como estas:

punto de vista se entiende que este artículo 22 no sólo se refiere a la posibilidad de que el *naciturus* sea un sujeto de derechos como el ser declarado heredero, sino que es una expresión del derecho a la vida del producto de la concepción *vs.* el derecho a decidir sobre su propio cuerpo de la mujer embarazada.

<sup>2</sup> Es importante resaltar, que en el artículo 27 del proyecto se establece, como se verá más adelante, esta obligación.

<sup>3</sup> *Vid.* Rousseau, Juan Jacobo, *El contrato social*, 6a. ed. México, Porrúa, 1979.

<sup>4</sup> Al respecto podemos consultar, entre otras obras, la de Ramírez, Santiago, *Infancia es destino*, 5a. ed., México, Siglo XXI, 1981. Sobre todo a pp. 11 y ss. O la obra de Cáceres Díaz, Julio, *Los hijos... jueces silenciosos*, 7a. ed. México, s/c, s/a.

<sup>5</sup> *Vid.* Dogliotti, Massimo, "I diritti del anziano", *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, Milán, No. 3, año XLI, septiembre 1987, pp. 708 y ss.

### *Principio 1*

El niño disfrutará de todos los derechos enunciados en esta Declaración. Estos derechos serán reconocidos a todos los niños sin excepción alguna ni distinción o discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de su familia.

### *Principio 6*

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. La sociedad y las autoridades públicas tendrán la obligación de cuidar especialmente a los niños sin familia o que carezcan de medios adecuados de subsistencia. Para el mantenimiento de los hijos de familias numerosas conviene conceder subsidios estatales o de otra índole.

Y ahora la comunidad internacional se prepara para discutir una convención sobre los derechos del niño. La pregunta que propongo en este momento como reflexión a los juristas dedicados al estudio y análisis del derecho civil y más concretamente al derecho de familia es ¿qué tanto nuestra normatividad responde a los planteamientos de este proyecto?

Para buscar una respuesta a este cuestionamiento, en forma breve, me referiré exclusivamente a una institución: la filiación. Cuya normatividad se ha convulsionado con los avances de la ciencia médica atentando, con su silencio —y desde mi punto de vista— varios de los postulados de la Declaración de 1959 como del nuevo proyecto de Convención.

## II. *Los derechos del niño*

En este evento tendremos la participación de destacados especialistas en derecho internacional que abundarán en el análisis del proyecto de Convención sobre los derechos del niño que esperamos sea adoptado en la Asamblea General de las Naciones Unidas el próximo Otoño. Sin embargo he de referirme a tres de sus artículos, el 8, el 24 y el 27.

## El primero de ellos establece:

Los Estados Partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, nombre y relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas.

Cuando un niño sea privado ilegalmente de algunos de los elementos de su identidad o de todos ellos, los Estados Partes deberán prestar la asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

## El segundo, por su parte, dice:

Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación para la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios.

Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho, y en particular, adoptarán las medidas apropiadas para:

- a) Reducir la mortalidad infantil y en la niñez;
- b) Asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños, haciendo hincapié en el desarrollo de la atención primaria de salud.
- c) Combatir las enfermedades y la desnutrición en el marco de la atención primaria de salud mediante, entre otras cosas, la aplicación de tecnologías de fácil acceso y el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre, teniendo en cuenta los peligros y riesgos de contaminación del medio ambiente;
- d) Asegurar atención sanitaria prenatal y posnatal apropiada a las madres;
- e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos;
- f) Desarrollar la atención sanitaria preventiva, la orientación a los padres y la educación y servicios en materia de planificación de la familia.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas eficaces y apropiadas posibles para abolir las prácticas tradicionales que sean perjudiciales para la salud de los niños.

Los Estados Partes se comprometen a promover y alentar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena

realización del derecho reconocido en este artículo. A este respecto, se tendrán plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo.

Y el tercero:

Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.

A los padres u otras personas responsables por el niño, les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar el pago de la pensión alimenticia por parte de los padres u otras personas que tengan la responsabilidad financiera por el niño, tanto si viven en el Estado Parte como si viven en el extranjero. En particular, cuando la persona que tenga la responsabilidad financiera por el niño resida en un país diferente de aquel en que resida el niño, los Estados Partes promoverán la adhesión a los convenios internacionales o la conclusión de dichos convenios, así como la concertación de cualesquiera otros arreglos apropiados.

Como es fácilmente observable en el proyecto que nos ocupa se reconocen tanto el derecho a la propia identidad, el derecho a la salud y el derecho a una vida digna. Así, llanamente enunciados, parecen no tener ninguna arista o aspecto que sea conflictuado en el trato cotidiano de nuestras comunidades. Son ideales a alcanzar. Sin embargo, tenemos que desglosarlos para saber si efectivamente tales derechos son protegidos en esa cotidianeidad.

El derecho a la propia identidad habla de nacionalidad, nombre y relaciones familiares. En estas últimas se ubica el concepto psicológico del afecto que algunos juristas empiezan a señalar como un derecho del niño(a). Pues ellos necesitan, como parte de su propia naturaleza humana, sentir en su entorno un ambiente afectuoso para desarrollarse sano(a) desde este punto de vista psicológi-

co.<sup>6</sup> Además, está íntimamente relacionado con el conocimiento de nuestros propios orígenes que rescatamos a través de una filiación clara y apegada a la realidad biológica y social.<sup>7</sup>

Afirmo que este derecho a una filiación clara y cierta o derecho a conocer nuestros propios orígenes incide en el desarrollo de una personalidad psicológicamente sana, pues le da al niño(a) un sentido de pertenencia y satisface su necesidad de trascendencia, independientemente de que se designe, a través de dicha filiación, a los responsables de su cuidado físico. Ese sentido y esa necesidad son vitales para la salud mental de todo hombre y toda mujer, independientemente de la edad que tenga. Como vemos, en forma perfectamente natural se concatenan ante nuestros ojos el derecho a la identidad, el derecho a la salud y el derecho a una vida digna.

Efectivamente este derecho a conocer los propios orígenes tiene que ver con el desarrollo mental adecuado del niño(a), pero también tiene importancia por la información que sobre los antecedentes genéticos entraña dicho conocimiento. Información de gran importancia, tanto para la atención sanitaria curativa como para aquella preventiva. El derecho a la salud, según lo enunciado en el proyecto, habla del más alto nivel posible de salud. Al nivel que, desde luego, sólo puede lograrse si conocemos todos los antecedentes familiares del niño o la niña en cuestión, para elaborar una historia que sea confiable y sirva para la atención de su salud en los dos niveles enunciados: el preventivo y el curativo.

Creo firmemente que los niveles adecuados para lograr el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de un niño o niña no se logran exclusivamente proporcionándole recursos económicos suficientes. Rescato la importancia de los aspectos afectivos-psicológicos que se engloban en los derechos que he mencionado.

En nuestra normatividad civil estos derechos se pueden encontrar comprendidos en artículos tales como el 58 del Código civil vigente para el Distrito Federal, en donde se establece, entre otras cosas, que el acta de nacimiento de todo niño(a) debe contener el nombre y apellidos que le correspondan, o como el 308 de este

<sup>6</sup> Vid. Fromm, Erick, *El arte de amar*, México, Paidós, 1983. Passim y Patti, Salvatore, "Sulla configurabilità di un diritto della persona di conoscere le proprie origini biologiche, *Il Diritto di famiglia e delle persone*, Milán, año XVI, núm. 3-4, julio-diciembre, 1987, pp. 1315 y ss.

<sup>7</sup> En el marco de la reunión anual de la Asociación Henri Capitant llevada a cabo en Quebec, se ventiló el conflicto de estas dos verdades, sobre todo tratándose de la procreación asistida. Los trabajos están recopilados en *Revue Générale de Droit*, Montreal, vol. 18, núm. 4, 1987.

mismo cuerpo normativo, en donde se señala el contenido de la obligación alimentaria que, como todos sabemos, apunta precisamente a proporcionar a una determinada persona los recursos necesarios para su subsistencia.

### III. *La procreación asistida*

Hasta aquí parece no existir contradicción entre el proyecto de convención y la normatividad civil de nuestro país. Sin embargo, el silencio también puede atentar contra los derechos de los niños y niñas, no sólo aquellos que pudieron reconocer una vez aprobado este proyecto, sino aquellos que ya están reconocidos en documentos internacionales, como la Declaración de 1959 o la norma programática contenida en el párrafo quinto del artículo 4º constitucional, que veremos más adelante.

Este silencio es el que gira en torno a prácticas médicas ya incorporadas a nuestro quehacer cotidiano como son las relativas a la procreación asistida, concepto que se utiliza para identificar las prácticas de inseminación o fecundación artificial ya sea corpórea o extracorpórea y en general a todas aquellas manipulaciones médicas realizadas con gametos masculinos y femeninos con miras a la concepción cuando ésta no se quiere o no se puede realizar a través de la cópula.

En este momento no me detendré a señalar cuáles son estas prácticas, pues ya lo he hecho en otro momento.<sup>8</sup> Solamente pretendo destacar que éstas se realizan al margen de nuestra normatividad —aunque no pueden ser calificadas de ilícitas porque no van contra ningún precepto establecido, salvo, claro está, la maternidad subrogada— y no sólo cuestionan principios heredados del derecho romano que parecían incuestionables sino que desconocen la existencia de los derechos que mencionamos con anterioridad.

¿Por qué? Mi afirmación se basa en un hecho: cuando en la procreación asistida se requieren del gameto de un donador o donadora, se guarda, con especial celo, el anonimato de éstos. Las razones que se aluden<sup>9</sup> para defender este anonimato giran en torno a

<sup>8</sup> Pérez Duarte y N., Alicia Elena, "La maternidad ¿es siempre cierta? (La modernización del derecho frente a los avances científicos)", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, núm. 65, año XXII, mayo-agosto de 1989.

<sup>9</sup> *Vid.* Entre otros autores a Chávez Ascencio, Manuel F., *La familia en el derecho*, t. III. *Relaciones jurídicas paterno-filiales*, México, Porrúa 1987, especialmente el capítulo III.

conceptos de “paz familiar”, “seguridad del donador”, “seguridad de los progenitores”, etcétera. Todos ellos referidos a los adultos que intervienen en estas prácticas y ni uno solo referido al niño(a) que pudiere nacer de ellas. Esto independientemente que tales argumentos puedan ser evaluados desde un cuestionamiento de las estructuras familiares que privan nuestra sociedad o desde considerandos éticos.

En otros países se empieza a cuestionar profundamente la justificación de mantener estos anonimatos y se denuncian tales prácticas como contrarias al interés superior del niño o niña precisamente porque se les priva de información importante para ese desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Información que deben tener como respuesta a sus derechos a la identidad, a la salud y a una vida digna, pues es información relativa a sus propios antecedentes genéticos que deben conocer.

Es cierto que, dadas las estructuras que actualmente sustentan nuestras relaciones familiares, esta información es difícilmente manejable por un niño o niña. Los adultos mismos le tenemos cierto miedo, o la rodeamos de un tabú que no tiene razón de ser. Estas estructuras sustentan familias con un padre, una madre e hijos(as). Figuras que tienen papeles establecidos con cierta claridad y los cuales han sido cuestionados en las últimas décadas, pero son difícilmente modificables sin conflicto cuando estas modificaciones se pretenden realizar aisladamente.<sup>10</sup>

Considero que estamos frente a un conflicto entre esas estructuras, la moral que las avala y el interés del o la menor. ¿Por dónde debemos empezar? Desde mi punto de vista deberíamos empezar por la revisión de aquéllos y su adecuación al interés superior del niño(a). Es vital para el adecuado desarrollo de estos menores que reciban afecto y cuidado de los adultos que están en su entorno. Pero no es indispensable que este afecto y este cuidado sean proporcionados precisamente por el padre y la madre genéticos. Basta que se den adecuadamente para que este ser humano pequeño crezca en un ambiente psicológicamente sano.<sup>11</sup> Si esto no fuera cierto

<sup>10</sup> Respecto de los papeles familiares es conveniente consultar las obras de antropólogos como René König o Robin Fox. Del primero tenemos, por ejemplo: *La familia en nuestro tiempo. Una comparación intercultural*, Madrid, Siglo XXI, 1981; y del segundo: *Sistemas de parentesco y matrimonio*, 4a. ed., Madrid, Alianza Editorial, 1985.

<sup>11</sup> Los psicólogos hacen mucho hincapié en este hecho para justificar, en algunos casos, el que un niño o niña deba ser alejado de su padre o madre.

la adopción no tendría ninguna razón de ser. La procreación asistida es semejante a la adopción precisamente en el dato genético, pues en ambos casos uno de los adultos o ambos no son los progenitores del niño(a), sólo son el padre o madre desde el punto de vista social y afectivo.

#### IV. *La legislación civil mexicana*

Las manipulaciones genéticas y, más concretamente, la procreación asistida son actividades que deberían realizarse dentro de marcos normativos tanto internacionales como nacionales. Desafortunadamente el proyecto de convención no contempla explícitamente estos hechos que atañen al bienestar del niño. Sin embargo, ya vimos que en su articulado sí se prevén normas de tipo programático cuyo cumplimiento debe implicar la atención de este problema de filiación.

¿Qué sucede en nuestro derecho interno? No me canso de repetir que nuestra legislación, sobre todo aquella específica a la familia, guarda un absoluto silencio en torno a estos adelantos científicos.

Nuestra Constitución, en el párrafo quinto de su artículo 4o., establece la obligación de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental. También señala que la ley determinará cuáles son los apoyos a la protección de los menores a cargo de las instituciones públicas.

En otras palabras, nuestra carta magna señala que los niños y niñas tienen derecho a satisfacer sus necesidades, a la salud tanto física como mental y a la protección. Los deudores de estos derechos son los progenitores y las instituciones públicas. En concordancia con ello, en la legislación civil tenemos una normatividad sobre la obligación alimentaria que pretende cubrir ese derecho. Sin embargo, difícilmente, a través de una pensión alimenticia, se puede realmente garantizar el derecho a la salud de un(a) menor cuyas circunstancias de nacimiento impliquen el desconocimiento de sus antecedentes genéticos.

Es cierto que estas circunstancias pueden ser de varios tipos, algunas de ellas difícilmente controlables por el derecho, pero otras, como la procreación asistida, sí pueden y deben estar bajo este control, el cual debería darse a través de la filiación.

Hasta el momento, nuestra filiación parece proteger a los adultos de una imputación no deseada —especialmente si este adulto es un varón— y poco se cuida el interés del(a) menor.

Nuestro derecho sobre la filiación se fundamenta en los principios derivados tanto del derecho romano como del derecho canónico, de tal suerte que para nuestro país la maternidad es siempre cierta: el marido de la madre es el padre del hijo(a) y a cada hijo(a) sólo puede atribuírsele un padre y una madre.

Para la filiación fuera de matrimonio, la maternidad resulta del solo hecho del nacimiento, y la paternidad se presupone de un conjunto de hechos —de tipo social— que determinan la posesión de estado de hijo(a). Su indagación está permitida en los supuestos que la ley determina, en los cuales como sabemos no se incluye la procreación asistida.

Si recordamos que las normas sobre la filiación son de orden público y, por tanto, de interpretación estricta, podemos entender la gravedad del silencio de nuestro legislador sobre la materia. Sobre todo porque estas prácticas, insisto, no son ilícitas aunque se practiquen al margen de esta normatividad. Incluso, la Ley general de salud proporciona un primer marco normativo a dichas prácticas, permitiendo la disposición de productos del cuerpo humano con fines terapéuticos, de docencia o investigación. En esta ley no se excluyen ni el semen ni los óvulos de esta posibilidad. Por tanto, dentro de los límites que la propia ley señala se puede disponer de ellos para las prácticas de procreación asistida.

## V. *Reflexión final*

Desafortunadamente, los límites temporales que nos impone un evento de esta naturaleza, nos obligan a ser muy concretos en las participaciones y a dejar en el tintero muchos puntos que sería conveniente ampliar en una discusión. Sin embargo, lo apuntado hasta aquí basta para dejarnos claro que, independientemente de la Convención, el legislador mexicano tiene el deber ineludible de estudiar y normar las prácticas de procreación asistida para garantizar que nuestros niños y niñas tengan, efectivamente y en todos los aspectos, unos mínimos de bienestar y respeto en tanto alcanzan la edad adulta. Nuestros niños y niñas no son un asunto exclusivo de las familias; sus vidas, educación y desarrollo compete a la sociedad entera y al Estado como la abstracción organizativa de esta sociedad. Las medidas jurídicas y su dinamismo reflejan el

grado de civilización de una sociedad, así como su evolución hacia estructuras más equitativas en donde se incluya el bienestar de estos pequeños(as).

Tratándose del niño y la niña no podemos seguir atentando contra sus derechos fundamentales con actitudes no tan escandalosas como los golpes prepotentes que los lesionan gravemente, pero igualmente dañinas. Nuestro silencio cierra las puertas a información indispensable para la salud de estos niños y niñas. Padre, madre y donadores tienen, en primera instancia, el deber de responder por sus actos permitiendo que el niño(a) conozca esta información, los demás tenemos el deber de abrir nuestras conciencias a formas de vida diferentes, a soluciones alternativas a los problemas y actos que la vida nos plantea. Los juristas debemos hacer de nuestra ciencia un instrumento para alcanzar esa apertura.

Aprovecho este foro para demandar, a nombre de todos los niños y niñas cuya procreación haya sido asistida con las nuevas técnicas, la acción concreta de nuestro legislador a fin de que las controle a través de normas específicas en las que se declare, entre otros, el derecho que tienen a conocer sus propios orígenes y a la dignidad que les es inmanente en tanto seres humanos.