

## REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN MÉXICO\* *REFLECTIONS ON THE RIGHT TO IDENTITY OF GIRLS, BOYS AND ADOLESCENTS IN MEXICO*

Mónica GONZÁLEZ CONTRÓ\*\*

**RESUMEN:** El artículo plantea una serie de reflexiones sobre el derecho a la identidad de niñas y niños, de acuerdo con los avances en el campo de la medicina genómica que permiten determinar el origen genético. La posibilidad de establecer la filiación cierta con base en las pruebas de ADN plantea nuevos escenarios que obligan a analizar la legislación en materia de filiación, desde la perspectiva de los derechos de niñas y niños. En otros países se ha reconocido en los criterios judiciales el derecho a conocer la identidad biológica como parte del derecho a la identidad. En México, sin embargo, sigue imperando el criterio de la presunción de la paternidad para la determinación de los derechos vinculados con la filiación. Este modelo no contempla el derecho a conocer el origen biológico de la niña o niño con todas las implicaciones que, a partir de los avances en medicina genómica, se han producido en los últimos años. Por ello, se requiere de un debate que permita formular leyes que garanticen los derechos de niñas y niños.

**ABSTRACT:** *This paper concerns towards some ideas related to the right to identity of girls and boys under the achievements in the field of genomic medicine that allow to determine genetic origin. The possibility to establish filiation under the basis of DNA tests, gives a new scenario which oblies us to analyze legislation on filiation from the perspective of children's rights. In other countries, jurisprudence has recognized the right to know biological identity as part of the right to identity. In Mexico however, the criteria of the presumption of paternity to establish the rights related to filiation, still persists. The previous model does not recognize the right to know the biological origin of girls and boys with all the implications that the advances of genomic medicine have achieved in recent years. That is why a debate is required in order to promote legislation that guarantees the rights of boys and girls.*

**Palabras clave:** identidad, medicina genómica, filiación, maternidad y paternidad, niñas y niños.

**Keywords:** *identity, genomic medicine, filiation, maternity and paternity, children.*

\* Artículo recibido el 2 de marzo de 2010 y aceptado para su publicación el 23 de agosto de 2010.

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

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El derecho a la identidad como una realidad cambiante*. III. *El derecho a conocer el origen biológico*. IV. *El derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes en la legislación mexicana*. V. *Derecho comparado*. VI. *Nuevos retos para la protección del derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes*.

## I. INTRODUCCIÓN

El desarrollo de la medicina genómica ha supuesto una verdadera revolución para la humanidad. El descubrimiento del genoma humano no sólo nos ha permitido identificar lo que nos distingue como especie y los rasgos compartidos en nuestra información genética con otros animales, sino que ha llevado a proponer la posibilidad de realizar cosas hasta antes impensables como la clonación, el cruce de diversas especies o las diversas modalidades de la fecundación asistida. Esta situación ha obligado a plantear aceleradamente debates sobre lo científicamente posible, lo humanamente deseable y lo éticamente aceptable. Hasta hace no mucho tiempo se sostenía la neutralidad ética del conocimiento científico, afirmación que ha sido impugnada en la actualidad:

La medida del éxito biocientífico y biotecnológico ha sido también la del surgimiento de un sinnúmero de trascendentales problemas de índole esencialmente ética y, de ahí, social y legal. Los progresos en las ciencias de la vida y en la biotecnología se venían dando bajo el supuesto del carácter neutral, no valorativo, de sus actividades. Pero ahora resulta que no hay tal neutralidad y que, concebido como “tecnociencia”, el conocimiento tiene repercusiones y responsabilidades éticas ineludibles.<sup>1</sup>

Es en este contexto que se impone un debate en relación con derechos tradicionales a la luz de las nuevas posibilidades que permite la ciencia. Es claro que el derecho va a la zaga de los avances tecnoló-

<sup>1</sup> González Valenzuela, Juliana, “Introducción ¿Qué ética para la bioética?”, en *id.* (coord.), *Perspectivas de bioética*, México, UNAM, Facultad de Filosofía y Letras-Comisión Nacional de los Derechos Humanos-FCE, 2008, p. 12.

gicos, debido en parte a la dificultad en los procesos de creación e interpretación de las normas que exige el Estado constitucional de derecho. Tal estado de cosas ha puesto incluso en entredicho el viejo principio del derecho, según el cual todo lo no prohibido está permitido, obligando a la necesidad de plantear nuevos mecanismos para preservar la seguridad jurídica<sup>2</sup> y la convivencia social.

Los casos vinculados con derechos de las niñas y niños son especialmente complejos debido a que esta rama del derecho debe regirse bajo principios propios, muchas veces diferentes a los del derecho en general. Ejemplo de estos principios son: el interés superior del niño, el derecho de prioridad, el principio de autonomía progresiva, el derecho a la supervivencia y al desarrollo, entre otros.<sup>3</sup> Esta diferencia deriva del cariz especial que adquiere el marco jurídico dirigido a la infancia y adolescencia, debido en buena medida a la asignación de carencia de autonomía que conduce a la atribución de incapacidad jurídica mientras se es menor de edad. Evidentemente, esto se refleja de manera muy especial en la titularidad y ejercicio de los derechos políticos que excluyen a las personas menores de 18 años del procedimiento democrático. Pero también tiene como consecuencia que los derechos durante esta etapa de la vida de la persona adquieran el carácter de “derechos obligatorios” a diferencia de lo que sucede en la vida adulta, en donde la mayoría de los derechos implican un poder de decisión respecto de su ejercicio.<sup>4</sup>

Es, por lo anteriormente expuesto, que el derecho a la identidad, visto desde la perspectiva de los derechos de niñas y niños, debe abordarse de manera específica. En este sentido, es importante resal-

<sup>2</sup> Un ejemplo paradigmático de esta realidad es la determinación de la paternidad y maternidad en México. No supone lo mismo ser madre en Tabasco, que en Coahuila o en el Distrito Federal, por mencionar únicamente a los estados de la República que regulan la maternidad asistida.

<sup>3</sup> Algunos de éstos han sido identificados por el Comité sobre los Derechos del Niño en sus observaciones generales, mientras que otros son reconocidos en leyes mexicanas o en la doctrina.

<sup>4</sup> Por ejemplo, una niña o niño no puede renunciar a su derecho a la educación o a la alimentación, mientras que en el caso de los adultos esto sería perfectamente aceptable, tanto desde el punto de vista ético como legal, siempre y cuando exista consentimiento libre. Es justamente el reconocimiento de la incapacidad para otorgar un consentimiento libre lo que ha derivado en una regulación que excluye la renuncia al ejercicio de los derechos.

tar el hecho de que además el establecimiento de la identidad biológica y, por ende, de la filiación, tradicionalmente ha ido aparejado del surgimiento de una serie de derechos y obligaciones para los progenitores. Sin embargo, la legislación no ha conseguido dar cuenta satisfactoriamente —desde mi punto de vista— de las nuevas realidades y posibilidades que afectan la vida de la niña o niño. En el presente artículo se abordará el derecho a conocer el origen biológico como parte del derecho a la identidad, desde la perspectiva de los derechos de las niñas y los niños, y se dejarán esbozados algunos de los nuevos retos que plantean los avances tecnológicos en materia genética.

## II. EL DERECHO A LA IDENTIDAD COMO UNA REALIDAD CAMBIANTE

El derecho a la identidad, especialmente para niñas y niños, ha sido tradicionalmente interpretado como un derecho de la personalidad que se vincula con otros derechos derivados de la filiación, tales como el derecho a tener una nacionalidad, los derechos alimentarios, el derecho a mantener un vínculo con los padres, etcétera.

Este criterio respecto del derecho a la identidad es el que adoptó la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989 y que conforme a lo establecido en el artículo 133 de la Constitución<sup>5</sup> entró en vigor en 1990.<sup>6</sup> El artículo 7o. establece que el niño tiene derecho a un nom-

<sup>5</sup> “Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

<sup>6</sup> La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, tras diez años de trabajo. La iniciativa, promovida por Polonia, originalmente pretendía simplemente dar a la Declaración de 1959 el carácter de convención y establecer ciertos mecanismos para su implementación, sin embargo, el proyecto se convirtió en la elaboración de un instrumento distinto y con una concepción bastante novedosa del niño y de sus derechos. La Convención fue ratificada por México el 21 de septiembre de 1990; entró en vi-

bre, nacionalidad, y a conocer a sus padres; mientras que el artículo 8o. obliga a los Estados partes a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, que incluye su nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares. De esta forma, si un niño se ve privado de alguno de estos derechos, el Estado tendrá que prestar la asistencia y protección con el fin de restablecer su identidad:

Artículo 7o.

1. El niño será inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tendrá 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.

2. Los Estados partes velarán por la aplicación de estos derechos de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

Artículo 8o.

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

2. 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.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aunque no define ni regula el derecho a la identidad como tal, establece ciertos derechos de niñas y niños vinculados con el mismo, como el derecho a ser inscrito al nacer y el derecho a adquirir una nacionalidad:

Artículo 24.

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición

gor para nuestro país el 21 de octubre de 1990 y fue publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 25 de enero de 1991.

económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre.

3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad.

Como se advierte a simple vista, ninguno de los dos instrumentos contienen una definición sobre el contenido y alcance del derecho a la identidad, sino que se limitan a reconocer ciertos derechos vinculados (en el caso de la Convención expresamente) con éste. Esos derechos están, en el caso de niñas y niños, relacionados con la filiación, según se advierte en la Convención. Sin embargo, no se determina a qué tipo de paternidad se refiere en el artículo 7o., dado que en la actualidad este concepto ha dejado de tener un significado claro y unívoco.

Esto resulta explicable por dos razones: en primer lugar por la naturaleza misma de los tratados internacionales que deben ser aplicables a una gran variedad de culturas y sistemas jurídicos, por lo que normalmente establecen derechos genéricos y estándares que deben ser adoptados por las legislaciones de cada país. Pero además, esta situación bien puede tener como causa el acelerado progreso de los conocimientos científicos, que evolucionan más rápidamente que los marcos jurídicos,<sup>7</sup> volviéndolos en muchas ocasiones obsoletos:

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>8</sup>

<sup>7</sup> Esto se vuelve especialmente crítico, tratándose de normas internacionales, pues los procesos son más lentos al implicar el consenso de la comunidad internacional.

<sup>8</sup> Brena Sesma, Ingrid, *El derecho y la salud, temas a reflexionar*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, p. 85.

También es cierto que, dado que el debate en relación con los aspectos éticos de los adelantos tecnológicos es complejo e incipiente, no es posible dar respuestas concluyentes que reflejen consensos universales —por lo menos en el ámbito de la ética—<sup>9</sup> como en otras materias. Esto se refleja en las críticas y los alcances relativos de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos,<sup>10</sup> que se limita a enunciar algunos lineamientos muy generales sobre el genoma humano, pero que desde luego no establece los alcances del derecho a la identidad para niñas y niños. En el artículo 1o. establece que “en sentido simbólico, el genoma humano es el patrimonio de la humanidad”.

Sin embargo, la Declaración adolece desde su artículo primero de algo que ha querido ser justificado, pero que en realidad marca el texto completo de la Declaración en lo que a la cooperación internacional se refiere. El artículo primero dice literalmente: “En sentido simbólico, el genoma humano es patrimonio de la humanidad”. Y uno no puede dejar de preguntarse qué significa en sentido simbólico. ¿Por qué se diluyó en la última revisión del proyecto de Declaración la mención del genoma humano como patrimonio común de la humanidad, categoría jurídica hoy con pleno reconocimiento y consecuencias en el derecho internacional?<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Esto no supone afirmar que la discusión en materia de derechos humanos —ya positivizados— sigue siendo compleja, pero por lo menos en estos casos podemos hablar de una justificación ética de este reconocimiento. Un buen ejemplo son los derechos de niñas y niños que, aunque presentan dificultades teóricas en cuanto a su fundamentación y prácticas en lo que se refiere a su aplicación, cuentan con una justificación lo suficientemente sólida como para sostener la obligatoriedad de su reconocimiento.

<sup>10</sup> La Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos fue aprobada el 11 de noviembre de 1997 por la Conferencia General de la UNESCO, y reconocida en la resolución AIRES/53/152 de la Asamblea General de Naciones Unidas del 9 de diciembre de 1998 en su sesión 53. Se trata del primer instrumento universal en el campo de la biología, y tiene como objeto buscar un equilibrio entre el respeto a los derechos humanos y la garantía de la libertad de investigación, <http://portal.unesco.org/>.

<sup>11</sup> Martínez Bullé-Goyri, Víctor, “Derechos humanos y genética en el contexto de la cooperación internacional”, en Bergel, Salvador Darío y Cantú, José María (coords.), *Bioética y Genética: II Encuentro Latinoamericano de Bioética y Genética*, Buenos Aires, Ciudad Argentina, 2000, p. 203.

Según la Real Academia Española, la identidad se define como “conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás. Conciencia que una persona tiene de ser ella misma y distinta a las demás”. En el caso de las niñas y niños —aunque no exclusivamente—, como bien ha quedado estipulado en las leyes, la identidad se relaciona con la información sobre los progenitores, además de los derechos ya mencionados. Es claro que el derecho a la identidad en estos casos debe ir más allá que los meros derechos vinculados con la filiación, pues de lo contrario no habría un derecho a la identidad propiamente dicho, sino un conjunto de derechos y obligaciones que, en todo caso, debieran ser garantizados por cualquier medio. ¿Cómo interpretar, a la luz de los avances científicos, este derecho, más allá del establecimiento de la calidad de hija o hijo, y por tanto, “heredero” de ciertos derechos exigibles a los padres? ¿Es posible, a la luz del desarrollo tecnológico, hablar de un “derecho a conocer el origen genético”? ¿Qué relación tiene esto con el derecho a la identidad?

### III. EL DERECHO A CONOCER EL ORIGEN BIOLÓGICO

El derecho a conocer el origen biológico tiene como fundamento varios derechos reconocidos en la legislación nacional y en tratados internacionales; los más relevantes son el derecho a la identidad y el derecho a la salud. Estos dos derechos son independientes de otros vinculados con la filiación, como podrían ser el llevar el apellido del padre, los alimentos y los derechos sucesorios, pues aunque pueden actualizarse ambos, no se presentan necesariamente juntos. Esto se percibe con claridad en los casos de reproducción asistida, en los que puede alegarse un derecho a la identidad para conocer el origen biológico, pero no reclamarse los derechos vinculados con la filiación.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> No pueden reclamarse los derechos vinculados con la filiación debido a que ni siquiera hay parentesco entre el donante de células germinales y el niño. Las leyes que regulan la reproducción asistida establecen que el parentesco por consanguinidad se da entre el niño y quien procuró o consintió el nacimiento.

El desarrollo de la genética ha provocado grandes cambios en lo que se refiere al origen biológico de las personas, especialmente en dos rubros:

- En primer lugar, la prueba genética permite actualmente establecer la filiación de forma prácticamente indubitable, lo que anteriormente era imposible.<sup>13</sup>
- Además, los avances en el campo de la medicina genómica y sus implicaciones en la salud han tenido como consecuencia que sea cada vez más importante el conocimiento del origen genético como medio para prevenir enfermedades e impedir el riesgo de matrimonio o procreación con un pariente consanguíneo.

Estamos hablando entonces de dos condiciones, una que posibilita el establecimiento de la filiación y que, por tanto, permite garantizar este derecho sin que la investigación de la paternidad suponga el generar inestabilidad al niño respecto de su filiación matrimonial o extramatrimonial y, por otra parte, se trata de una información que hoy es, y presumiblemente será cada vez más importante para la preservación de la salud.

En el caso del riesgo de procreación con un pariente consanguíneo, estaría involucrado además el derecho de un tercero, el hijo producto de la relación, debido a la ignorancia del parentesco derivada del desconocimiento del origen genético. Como es bien sabido, la procreación entre parientes cercanos puede dar como resultado alteraciones genéticas serias en los hijos.

El derecho a la identidad mediante la determinación genética puede ser vital para preservar la salud del niño o niña. Es un derecho que se desprende del principio de dignidad de las personas y del cual depende el libre desarrollo de la personalidad. En la actualidad, el derecho a la identidad del niño o niña se concreta con el derecho a la verdad biológica mediante la prueba genética (ADN), por medio de la cual es posible establecer la filiación cierta. Anteriormente, la paternidad se establecía mediante presunciones, lo que daba como

<sup>13</sup> El análisis de ADN consiste en obtener el mapa genético de la persona y compararlo con el del supuesto hijo; los datos obtenidos permiten arribar a la afirmación o negación de la paternidad o maternidad. Brena Sesma, Ingrid, *op. cit.*, p. 89.

resultado una verdad formal que podía no ser coincidente con la verdad material.

Al poder determinarse con exactitud quién es el padre biológico de una niña o niño mediante la prueba genética, se salvaguarda la seguridad jurídica de las partes, especialmente de quienes son menores de edad. Uno de los fundamentos de los sistemas de presunción de la paternidad era justamente el dar la mayor seguridad posible al niño, respecto de su filiación, así como garantizar los derechos vinculados con ésta. Sin embargo, ese sistema se vuelve innecesario al tener la posibilidad de establecer la filiación real: “ante la imposibilidad de determinar con certeza cuál fue la relación sexual generadora de una concepción, el derecho creó una serie de presunciones, justificadas ante la necesidad de asegurar la filiación del hijo nacido dentro del matrimonio, de atribuirle un estado jurídico además de proteger la institución matrimonial y salvaguardar el honor y la cohesión de la familia”.<sup>14</sup>

#### IV. EL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN LA LEGISLACIÓN MEXICANA

El derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes está reconocido en la legislación mexicana expresamente, sin embargo, su contenido difiere entre las legislaciones de los estados y en el ámbito federal. Esta situación supone una inadecuada garantía de seguridad jurídica para los titulares, pues dependiendo de la entidad en la que se encuentren serán los alcances de este derecho que debería estar reconocido constitucionalmente o, por lo menos, en la legislación federal.

La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, aplicable a toda la República Mexicana, reconoce un derecho limitado a la identidad en lo que respecta a conocer a los padres biológicos, pues supedita este derecho a que no lo prohíban otras normas:

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 86.

Artículo 22. El derecho a la identidad está compuesto por:

A. Tener un nombre y los apellidos de los padres desde que nazca y a ser inscrito en el registro civil.

B. Tener una nacionalidad, de acuerdo con lo establecido en la Constitución.

C. Conocer su filiación y su origen, salvo en los casos que las leyes lo prohíban.

D. Pertenecer a un grupo cultural y compartir con sus integrantes costumbres, religión, idioma o lengua, sin que esto pueda ser entendido como razón para contrariar ninguno de sus derechos.

A fin de que niñas, niños y adolescentes puedan ejercer plenamente el derecho a su identidad, las normas de cada entidad federativa podrán disponer lo necesario para que la madre y el padre los registren, sin distinción en virtud de las circunstancias de su nacimiento.

Como puede apreciarse, el derecho a conocer la filiación y el origen constituye un elemento del derecho a la identidad, junto con otros derechos relacionados con éste.

A diferencia de la ley federal de la materia, que impone como limitante para que el niño conozca su filiación y origen el que las leyes lo prohíban, la Ley de los Derechos de las Niñas y Niños en el Distrito Federal no establece restricciones:

Artículo 5o. 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.

Las implicaciones jurídicas de los avances en materia de genética humana han sido incorporadas en algunos ordenamientos, aunque es prácticamente inevitable que algunas normas hayan quedado desfasadas respecto de los adelantos tecnológicos y de la legislación. Uno de estos casos podría ser la prohibición del artículo 374, tanto del Código Civil Federal como del Código Civil para el Distrito Federal:<sup>15</sup> “Artículo 374. El hijo de una mujer casada no podrá ser reconocido como hijo por otro hombre distinto del marido, sino cuando éste lo haya desconocido, y por sentencia ejecutoria se haya declarado que no es hijo suyo”.

Resulta comprensible que, dado que el artículo señalado se redactó cuando no era posible técnicamente establecer la filiación precisa, se hiciera valer la presunción de que un hijo habido durante el matrimonio era hijo de éste. Otra redacción de la norma habría derivado en una gran inseguridad para el niño o niña en el caso de que ambos hombres estuvieran en posibilidad de ser los padres, ya que hubiera sido prácticamente imposible establecer la filiación. Hoy el panorama es radicalmente distinto, pues los avances en materia de genética permiten determinar la paternidad sin lugar a dudas.

Esta norma entra en contradicción con otras disposiciones que establecen derechos para niños y niñas, en especial el derecho a conocer el origen genético que forma parte del derecho a la identidad (artículo 5o. de la Ley de los Derechos de las Niñas y los Niños en el Distrito Federal) y el derecho a la salud (reconocido en diversos ordenamientos),<sup>16</sup> aunque como se ha dicho, los alcances de la protección federal de este derecho son más limitados para las niñas y niños.

<sup>15</sup> Este artículo fue objeto de un juicio de amparo que impugnaba su constitucionalidad, aunque la opinión de la mayoría de los ministros fue que había otra vía para reclamar la paternidad del hijo de una mujer casada. En un voto particular, el ministro Silva Meza sostuvo que no existía vía para reclamar la paternidad en los casos de una mujer casada, y que, por tanto, el artículo debía ser considerado como inconstitucional. En mi opinión, la postura del voto particular es la correcta, pero independientemente de lo anterior, la prohibición subsiste como norma general y es violatoria del derecho del niño o niña a conocer su origen genético.

<sup>16</sup> El artículo 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño consagra el derecho a la salud: “artículo 24.1. 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 de la salud. Los Estados partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanita-

Los conocimientos científicos han planteado cuestionamientos sobre el actual sistema de filiación, pues no se justifica continuar dándole mayor peso a las presunciones frente a pruebas certeras, como lo es la genética, en lo que se refiere a la determinación de la paternidad. El sistema de filiación establecido en la legislación civil mexicana tiene como sustento de sus normas a la familia tradicional, sin adecuarse al dinamismo propio de las instituciones del matrimonio y de la familia, en las que debería prevalecer la verdad biológica y la certeza jurídica y real en la filiación.

Sin embargo, dentro del derecho a conocer el origen biológico, hay que distinguir varias situaciones que, de acuerdo con las circunstancias de la concepción, darán como resultado diversos derechos. En este sentido, si el hijo es producto de la procreación asistida, tendrá derecho a conocer su origen genético como parte de su derecho a la identidad y a la salud, pero no a reclamar los derechos vinculados con la filiación, como pueden ser los alimentos o los derechos sucesorios. Lo anterior, debido a que al recurrir a la procreación asistida, la madre asume los deberes relativos al hijo, y hay una renuncia por parte del varón que aporta las células germinales a la paternidad y a los deberes relativos. No ocurre así cuando el hijo es producto de una relación de la que, aunque no haya tenido como fin la procreación, el embarazo constituye una consecuencia natural y previsible, lo que genera deberes para el padre biológico. En estos casos sí se desprende un derecho para el niño o niña de reclamar el cumplimiento de las obligaciones alimentarias y sucesorias, además del derecho a la identidad biológica, aunque esta regulación genera algunas interrogantes que se plantearán al final de este texto. Apoya este criterio la legislación que reconoce parentesco por consanguinidad entre el hijo y quienes hayan procurado el nacimiento en el Código Civil para el Distrito Federal. El artículo 293 reconoce expresamente que la donación de células germinales no genera parentesco del niño con el donante:

rios. Este mismo derecho está reconocido en el artículo 4o. constitucional que en la parte relativa establece: artículo 4o. [...] Toda persona tiene derecho a la protección de la salud”.

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>17</sup>

Aunado a lo anterior, podemos argumentar que el adulterio fue eliminado del Código Penal para el Distrito Federal, por lo que se excluye también el problema que podía suponer el hecho de que el reconocimiento de la filiación llevara implícita la aceptación de la comisión de un delito.<sup>18</sup> Respecto del Código Penal Federal, aunque subsiste el delito, la pena está condicionada a que se haya cometido en el domicilio conyugal o con escándalo,<sup>19</sup> por lo que la investigación de la paternidad no supone prueba de la comisión de un ilícito.

Finalmente, en el caso previsto por el artículo 374 citado se vulnera también el derecho a la igualdad, pues la ley hace un trato discriminatorio que afecta al niño, debido a que la prohibición para el reconocimiento de la paternidad se da únicamente cuando se trata de una mujer casada, es decir, que el hombre, aun siendo casado, podría reconocer a un hijo con una mujer distinta de su esposa. El trato discriminatorio perjudica al niño, ya que se le vulnera un derecho debido al estado civil de su madre.

Una precisión muy importante es aclarar que se trata de un derecho del niño a conocer su identidad por las razones mencionadas, y que en ningún caso, desde la perspectiva de los derechos de la infan-

<sup>17</sup> Otros códigos que regulan expresamente que no se genera parentesco entre el donante y el hijo, producto de la reproducción asistida, son, por ejemplo, los códigos civiles de Coahuila (artículo 490) y Puebla (artículo 477 bis) y el Código Familiar para el Estado de Michoacán de Ocampo (artículo 301).

<sup>18</sup> Con la eliminación de las causales de divorcio en el Código Civil para el Distrito Federal, la prueba de la filiación extramatrimonial no supone ni siquiera una prueba para la disolución del vínculo matrimonial, aunque en el resto de los estados la realidad es diferente.

<sup>19</sup> Artículo 273. Se aplicará prisión hasta de dos años, y privación de derechos civiles hasta por seis años, a los culpables de adulterio cometido en el domicilio conyugal o con escándalo.

cia, puede alegarse como un derecho del adulto. En este sentido, son aplicables varios principios de interpretación de los derechos, en especial el interés superior del niño, el derecho a ser oído y el derecho de prioridad, todos reconocidos en la ley.

El principio del interés superior del niño aparece desde la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959<sup>20</sup> y es retomado en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>21</sup> e incorporado en la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes<sup>22</sup> y las leyes de protección locales. El Comité de los Derechos del Niño, órgano encargado de vigilar el cumplimiento de la Convención de los Estados partes, lo ha considerado como uno de los principios rectores de este instrumento, y ha determinado que debe regir todas las medidas que se tomen en relación con niñas y niños, ya sea que les afecten directa o indirectamente:

Artículo 3o., párrafo 1. El interés superior del niño como consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños. El artículo se refiere a las medidas que tomen “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”. El principio exige la adopción de medidas activas por el gobierno, el parlamento y la judicatura. 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

<sup>20</sup> Adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 en el Principio II: el niño gozará de una protección especial, y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño.

<sup>21</sup> “Artículo 3o. 1. En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>22</sup> “Artículo 3o. La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que implica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad./ Son principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:/ A. El del interés superior de la infancia”.

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>23</sup>

En lo que respecta al derecho al respeto de las opiniones del niño, el Comité ha considerado lo siguiente: “Artículo 12. El derecho del niño a expresar su opinión libremente en ‘todos los asuntos que afectan al niño’ y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Este principio, que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos, se aplica igualmente a todas las medidas adoptadas por los Estados para aplicar la Convención”.<sup>24</sup>

Finalmente, la ley de protección federal establece que el ejercicio de los derechos de los adultos no puede condicionar el ejercicio de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

Artículo 4o. De conformidad con el principio del interés superior de la infancia, las normas aplicables a niñas, niños y adolescentes, se entenderán dirigidas a procurarles, primordialmente, los cuidados y la asistencia que requieren para lograr un crecimiento y un desarrollo plenos dentro de un ambiente de bienestar familiar y social.

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

La aplicación de esta ley atenderá al respeto de este principio, así como al de las garantías y los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Por su parte, el artículo 14 reconoce el derecho de prioridad en el ejercicio de los derechos:

Artículo 14. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a que se les asegure prioridad en el ejercicio de todos sus derechos, especialmente a que:

<sup>23</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General núm. 5, Medidas Generales de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4o., 42 y 44, párrafo 6o.), 27 de noviembre de 2003, p. 5.

<sup>24</sup> *Idem.*

A. Se les brinde protección y socorro en cualquier circunstancia y con la oportunidad necesaria.

B. Se les atienda antes que a los adultos en todos los servicios, en igualdad de condiciones.

C. Se considere el diseñar y ejecutar las políticas públicas necesarias para la protección de sus derechos.

D. Se asignen mayores recursos a las instituciones encargadas de proteger sus derechos.

Así, en el caso concreto del derecho a conocer la filiación y el origen como parte del derecho a la identidad, debe atenderse a estos tres principios, de tal manera que puede ejercerse atendiendo al interés superior de la niña o niño, oyendo su opinión y considerando que el derecho de los adultos, incluidos la madre o el padre *social* (quien asume este rol, como se explicará más adelante), puede ser desplazado por el derecho de la niña o niño.

En lo que se refiere a los criterios jurisprudenciales, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha reconocido la importancia de conocer el origen genético como parte del derecho a la identidad, aunque limitándolo en caso de prohibición de las leyes:<sup>25</sup>

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

<sup>25</sup> La importancia de conocer el origen genético es reconocida implícitamente también en una de las tesis de jurisprudencia derivadas de la contradicción de tesis 154/2005-PS (tesis 1a./J.101/2006) con el rubro: 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).

de los derechos humanos y de las garantías constitucionales. En ese tenor, el artículo 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.

Tesis 1a., CXLII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXVI, julio de 2007, p. 260.

Por otra parte, se sigue sosteniendo la presunción de paternidad para los casos en que el presunto padre se niegue a practicarse la pericial en genética humana. Claramente se trata de establecer un equilibrio entre el derecho a la vida privada del individuo y el derecho a la identidad de la niña o niño, sin embargo, esta decisión no deja de vulnerar en cierta medida el derecho a conocer el origen biológico<sup>26</sup> y los demás derechos relacionados, aunque se salvaguarden los derechos vinculados a las obligaciones derivadas de la filiación, como se desprende de la siguiente tesis:

<sup>26</sup> El artículo 9o. de la Declaración Universal sobre el Genoma Humano y los Derechos Humanos establece claramente que los principios de consentimiento y confidencialidad sólo pueden ser limitados por la ley, habiendo razones imperiosas; el gran debate se centra en si el derecho a la identidad del niño puede entrar en esta categoría de razones: “Artículo 9o. Para proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales, sólo la legislación podrá limitar los principios, de consentimiento y confidencialidad, de haber razones imperiosas para ello, y a reserva del estricto respeto del derecho internacional público y del derecho internacional relativo a los derechos humanos”.

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).

Conforme a los artículos 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 3o., 6o., 7o. y 8o. de la Convención sobre los Derechos del Niño; y 22 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, los menores tienen derecho a conocer su identidad, y la importancia de ese derecho fundamental no sólo radica en la posibilidad de que conozcan su origen biológico (ascendencia), sino en que de ese conocimiento deriva el derecho del menor, constitucionalmente establecido, de que sus ascendientes satisfagan sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento, para su desarrollo integral, además de que puede implicar el derecho a una nacionalidad determinada. Por otra parte, los códigos de procedimientos civiles del estado de Nuevo León y del Estado de México establecen medidas de apremio a través de las cuales los jueces y magistrados pueden lograr que sus determinaciones se cumplan. Así, cuando en un juicio de paternidad se ordena el desahogo de la prueba pericial en materia de genética (ADN) y el presunto ascendiente se niega a que se le practique, es constitucional que se le apliquen dichas medidas para que se cumpla la determinación del juzgador, pero si a pesar de esas medidas no se logra vencer la negativa del demandado para la realización de la prueba, esto no significa que se deje a merced de la voluntad del presunto ascendiente el interés superior del menor, y que dicha negativa u oposición para la práctica de la prueba quede sin consecuencia alguna, ya que en todo caso debe operar la presunción de la filiación controvertida porque, por una parte, el artículo 190 bis V del Código de Procedimientos Civiles de Nuevo León así lo señala expresamente y, por otra, aunque la legislación del Estado de México no precisa esa circunstancia en una norma expresa, atendiendo al interés superior del niño y de una interpretación extensiva y analógica de los artículos 1.287 y 2.44 del Código Procesal Civil de esa entidad federativa, que establecen los supuestos de confesión ficta y reconocimiento de documentos, se concluye que ante la negativa del presunto ascendiente a practicarse la mencionada prueba, debe operar la presunción de la filiación, salvo prueba en contrario, pues como se ha dicho, considerarlo de otra manera llevaría a dejar el interés

superior del niño a merced de la voluntad del presunto progenitor y no se respetaría su derecho fundamental a conocer su identidad.

Precedentes: Contradicción de tesis 154/2005-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Cuarto Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Segundo Circuito. 18 de octubre de 2006. Mayoría de tres votos. Disidentes: José de Jesús Gudiño Pelayo y Juan N. Silva Meza. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Fernando A. Casasola Mendoza. Tesis de jurisprudencia 101/2006. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha veintidós de noviembre de dos mil seis.

Tesis 1a./J. 101/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, t. XXV, marzo de 2007, p. 111.

## V. DERECHO COMPARADO

El derecho comparado nos da ejemplos del desarrollo argumentativo referente al derecho a la identidad biológica.

### 1. *España*

El derecho español en la Constitución de 1978 atribuye la paternidad de los hijos nacidos dentro de matrimonio al cónyuge varón, bajo el principio *Pater est quem nuptiae demonstrant*. Posteriormente se reforma el artículo 39-2 de la Constitución española y permite la investigación de la paternidad para conocer la verdad biológica, adoptando la regla *Pater is quem sanguinis demonstrant*.<sup>27</sup> “39.2 Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley, con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil. La ley posibilitará la investigación de la paternidad”.

<sup>27</sup> Díaz-Ambrona Bardají, María Dolores, “Innovaciones jurídicas en el campo de la biogenética”, *Boletín de la Facultad de Derecho*, Madrid, Universidad Nacional de Educación a Distancia, segunda época, verano-otoño de 1993, p. 64.

El Tribunal Supremo reconoce explícitamente la relevancia del derecho a conocer la verdad biológica, como elemento importante del derecho a la salud, en la resolución 604/2000:

La verdad biológica no puede dejarse de lado y conforme a la efectiva verdad material y, a su vez, también ha de tenerse en cuenta el derecho natural y por ello, el interés justificado que asiste a los hijos de saber y conocer quién es su padre y se presenta como encuadrable en tutela judicial efectiva que a los mismos ha de otorgársele por integrarse a la moral jurídica y normativa constitucional (artículo 39), e incluso resulta necesaria para la determinación genética y puede ser vital para preservar la salud.

El artículo 133 del Código Civil reconoce el derecho del hijo a la acción de reclamación de filiación no matrimonial cuando falte la posesión de estado durante toda la vida, aunque el Tribunal Supremo ha flexibilizado la interpretación de esta norma para atribuir este derecho también al padre biológico, de acuerdo con el supuesto establecido en el artículo 134 del mismo ordenamiento que otorga la facultad de impugnar la filiación contradictoria.

Por su parte, el Tribunal Constitucional español ha dictado también algunas sentencias relativas al derecho a la identidad. La STC 7/1994 de 17 de enero señala lo siguiente: “La finalidad de la norma que permite la práctica de las pruebas biológicas no es otra que la defensa en primer lugar de los intereses del hijo, tanto en el orden material como en el moral, y destaca como primario el derecho del hijo a que se declare su filiación biológica, como ha destacado la doctrina del Tribunal Supremo”.

En esta misma línea, la STC 138/2005 de 26 de mayo de 2005 relaciona la investigación de la paternidad, como parte del derecho a la identidad, con la dignidad de la persona: “Y, al mismo tiempo, debe posibilitar la investigación de la paternidad (artículo 39.2, CE), mandato del constituyente que guarda íntima conexión con la dignidad de la persona (artículo 10.1, CE), tanto desde la perspectiva del derecho del hijo a conocer su identidad como desde la configuración de la paternidad como una proyección de la persona”.

## 2. *Estados Unidos*

La Corte Suprema de los Estados Unidos ha conocido de diversos casos en los que la paternidad biológica no coincide con el esposo de la madre de una niña o niño. En la mayoría de los estados de Estados Unidos de América, al igual que en el Código Civil para el Distrito Federal, se establece la presunción de paternidad con base al matrimonio, permitiendo la investigación genética de la paternidad sólo a petición del marido, que desde el nacimiento de la niña o niño ha sido el padre. A lo largo de las resoluciones de la Corte Suprema se ha reconocido la constitucionalidad de la prueba genética para efectos del derecho a la identidad de niñas y niños.

Adicionalmente, se ha desarrollado el criterio de *paternidad equitativa* y *padre psicológico*. La paternidad equitativa, en inglés *equitable parent-hood*,<sup>28</sup> implica lo más justo y razonable. Este criterio establece que si el padre putativo ha fungido como padre, ejerciendo los derechos y cumpliendo con las obligaciones que ello implica, constituyéndose así como el “padre psicológico” de la niña o niño, no es adecuado ni *equitativo* cambiar esta relación, principalmente porque puede ir en contra del interés superior del niño.

La jurisprudencia estadounidense<sup>29</sup> ha desarrollado principalmente el argumento de la prevalencia de la paternidad psicológica sobre la paternidad biológica en atención al interés superior del niño.

Inicialmente no se permitía la realización de la prueba de ADN a los hijos nacidos dentro del matrimonio, con el argumento de la protección a la familia. Sin embargo a mediados de los años noventa, esta prueba se permitió y se admitió en juicio.

El derecho de niñas y niños a la identidad no ha sido definido explícitamente en la jurisprudencia estadounidense. En consecuencia, el conocimiento de la identidad genética del niño no prejuzga sobre la relación paterno-filial.

<sup>28</sup> En inglés, *equitable* implica lo más justo y razonable dentro de lo igualitario.

<sup>29</sup> *Johnson vs. Johnson*, 93 Mich App 415; 286 NW2d 886 (1979); *Nygaard vs. Nygard*, 156 Mich App 94; 401 NW2d 323 (1986); *Atkinson vs. Atkinson*, 160 Mich App 601; 408 NW2d 516 (1987); *Johns vs. Johns*, 178 Mich App 101; 443 NW2d 446 (1989) (Corte de Apelación de Michigan).

### 3. *Venezuela*

El Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en la resolución de un recurso de interpretación, expediente núm. 05-0062,<sup>30</sup> expone que el derecho a la identidad reconocido en la Constitución venezolana y considerado inherente a la persona, genera una obligación para el Estado de asegurar una identidad legal que debe coincidir con la identidad biológica, todo ello para permitir al individuo desenvolverse en la sociedad:

El primero de los artículos —56— consagra el derecho a la identidad de los ciudadanos, derecho el cual se considera inherente a la persona humana y del cual no se puede prescindir, lo cual genera paralelamente una obligación al Estado, consistente en el deber de asegurar una identidad legal, la cual debería coincidir con la identidad biológica, todo ello con la finalidad de otorgar a todo ciudadano un elemento diferenciador con respecto a los integrantes de una sociedad, el cual se interrelaciona y se desarrolla con el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

La sentencia define la identidad biológica como aquella que puede ser comprobada científicamente en un procedimiento judicial y en virtud de la cual se establece un vínculo consanguíneo. Asimismo, considera que los avances científicos deben corresponder al avance del derecho de tal forma que la persona pueda conocer su identidad biológica:

Así pues, resultaría incomprensible admitir que el derecho ante el desarrollo científico actual que permite conocer en un alto grado de certeza

<sup>30</sup> El representante del Consejo Nacional de Derechos del Niño y del Adolescente (CNDNA) interpuso recurso de interpretación constitucional de los artículos 56 y 76 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Respecto del artículo 56 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, el cual integra la identidad biológica como parte del derecho a la identidad, se cuestiona “¿hasta dónde llega ese derecho a la identidad biológica?”, y en lo que se refiere al artículo 76 constitucional, plantean el cuestionamiento sobre si “¿la protección integral a la maternidad y la paternidad, sea cual fuere el estado civil de la madre o del padre, se refiere a la paternidad real o formal? Lo anterior debido a que el artículo 201 del Código Civil establece una limitante cuando se trata del hijo de una mujer casada”.

la identidad genética de dos individuos, tal avance científico no se corresponda inversamente proporcional al desarrollo en forma directa del derecho, y que éste en definitiva involucre hacia un positivismo desahogado, a partir del cual se niegue a determinados individuos, la calidad de personas y su verdadera identidad biológica.

El conocimiento de la verdad biológica tiene relevancia tanto en el ámbito del interés social como en el espacio privado del individuo:

En tal sentido, se aprecia que la comprobación científica y real de la identidad biológica, tiene relevancia en dos escenarios, el primero se verifica en el interés social, en el que está involucrado el orden público, y tiene como objetivo esencial la averiguación de la verdad biológica; y el segundo en el interés privado de conocer su identidad genética y tener derecho a dicho conocimiento.

Por identidad biológica debe entenderse el patrimonio genético heredado de los progenitores biológicos, es decir, su genoma. El patrimonio genético heredado a través de los cromosomas, que son portadores de los miles de genes con que cuenta el ser humano, establece la identidad propia e irreplicable de la persona.

Por otra parte, la sentencia distingue entre identidad biológica e identidad legal. La primera se refiere al patrimonio genético, mientras que la segunda a la que deriva de la ley, ya sea por presunciones, consentimiento o resolución judicial, admitiendo que puede haber concurrencia entre ambas o no.

## VI. NUEVOS RETOS PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO A LA IDENTIDAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES

Hasta ahora se ha hablado del derecho a conocer el origen genético como parte del derecho a la identidad, simplificando esta afirmación a la posibilidad de realizar una prueba que permita establecer la filiación con el fin de tener acceso a información relevante para la garantía de otros derechos, obviando la cuestión de la “paternidad y maternidad biológicas”. Evidentemente este constituye otro de los ámbitos en los que el derecho ha quedado rezagado respecto de las posibilidades desarrolladas por la ciencia. Hoy en día podemos ha-

blar de varios tipos de maternidad y paternidad, muchas de ellas biológicas, lo que obliga a plantear el tema del tipo de información al que tendrá derecho la niña o niño de acuerdo con los métodos por los que fue concebido. No es descabellado pensar que cada uno de los actores intervinientes (quién aporta material genético, quién gesta, quién procura el nacimiento) en este proceso resulta determinante para el desarrollo de la identidad, aunque no es posible abordar este tema en este texto.

Los avances en algunas ramas de la ciencia han tenido como consecuencia que algunos conceptos que parecían muy precisos, lo sean cada vez menos. Este es el caso de la maternidad y paternidad, que a partir de los progresos de la tecnología para la reproducción asistida, aunados a una transformación en las relaciones y composición familiar, es necesario replantear.

En lo que se refiere a la maternidad, es posible hablar de varios tipos, pudiendo coincidir todos en una misma mujer o sólo alguno o algunos de ellos:<sup>31</sup>

- Social: se refiere a la mujer que socialmente asume el rol de madre.
- Genética: aporta el material genético para la procreación.
- Uterina: gesta y da a luz al niño o niña.
- Legal: es la mujer reconocida por la ley como madre.

En este mismo sentido, la maternidad puede derivar de tres distintas circunstancias:

- Aportación del óvulo: en este caso puede ser que la misma mujer lleve a cabo la gestación y dé a luz al niño o niña o que simplemente aporte el óvulo para ser fecundado e implantado en otra mujer.
- Gestación: la mujer gestante puede ser la misma que aporte el óvulo (material genético) o puede únicamente ser receptora de un óvulo fecundado *in vitro* de la pareja que desea la paternidad.

<sup>31</sup> Cfr. Pérez Duarte, Alicia Elena, *Derecho de familia*, México, FCE, 1994, p. 185.

- Voluntad: se reconoce la paternidad y maternidad por el hecho de tener la voluntad de procurar el nacimiento de un hijo, aunque no se aporte ni el material genético ni el útero para la gestación.

En el caso de la paternidad<sup>32</sup> hay menos opciones, pero resulta igualmente compleja la determinación:

- Social: al igual que la maternidad, se trata de quién asume el rol de padre.
- Genética: el hombre que aporta el material genético para la procreación. En estos casos es discutible si se puede hablar de paternidad en los casos en que el varón acudió como donante a un banco de esperma.
- Legal: la reconocida por la ley, que en los términos de la redacción actual del artículo 374 del Distrito Federal (y sus equivalentes en otros estados de la República mexicana) no coincide necesariamente con la paternidad genética.

Estas distinciones son importantes en la consideración del interés superior del niño como principio rector en la determinación de la paternidad. En este sentido, tendría que, en cada caso concreto, considerarse que, aunque exista un derecho a la identidad y conocimiento del origen genético, esto no necesariamente debe llevar a reconocer al padre biológico los derechos inherentes a la paternidad si ello no obedece al interés superior del niño. Esto supone que, aunque una prueba genética determine que un varón es el padre biológico del hijo de una mujer casada, esto no implica forzosamente que el niño deba dejar a quien ha reconocido como padre (padre social y hasta entonces legal) durante toda la vida para cohabitar con quien aportó el material genético. Resulta fundamental subrayar que se trata de derechos y deberes independientes que deben ser determinados por el juez en cada caso con base al interés superior del niño.

Otro de los aspectos insuficientemente cuestionados y discutidos se refiere a la distinción que muchas legislaciones hacen —y que socialmente es aceptada— respecto de la aparición de obligaciones hacia los hijos cuando son productos de un método de fecundación asistida.

<sup>32</sup> *Idem.*

Cuando el hijo es producto de una concepción “natural”, independientemente de la voluntad de las partes intervinientes, surgen obligaciones, por ejemplo alimentarias, respecto del producto de la relación. Resulta irrelevante, por ejemplo, si la mujer tenía la intención de concebir e incluso si recurrió al engaño hacia el varón para tal efecto. Las consecuencias respecto de los hijos surgen sobre la base de la protección de derechos de las personas menores de edad.

En el caso de la reproducción asistida no sucede lo mismo. No hay surgimiento de obligaciones, por ejemplo, para el donante de esperma, bajo la lógica de que la mujer que acude como soltera a una clínica de fecundación asistida asume las obligaciones inherentes al producto de dicho procedimiento.

Pero, desde la perspectiva de derechos de las niñas y niños, no se advierte una justificación suficiente para hacer esta distinción, salvo la basada en creencias morales o religiosas sobre la responsabilidad del acto sexual ¿Puede legítimamente una mujer renunciar a los derechos que corresponderían al niño, en los casos de fecundación asistida? Porque en caso de concepción “natural” dichos derechos subsisten y son oponibles por el hijo. Desde mi perspectiva este tema ha sido escasamente discutido, especialmente desde la perspectiva de los derechos de niñas y niños. Hasta ahora el debate se ha centrado en torno a la autonomía de la mujer.

Por otra parte, las técnicas de fecundación asistida que establecen el anonimato del donante, presentan algunos problemas en lo que se refiere a la prevención de matrimonios entre parientes consanguíneos.

Por último, es necesario tener presente que, tal como señala la Declaración Universal sobre el Genoma Humano en su preámbulo, los avances científicos deben tener como marco de referencia la dignidad, derechos y libertades de todas las personas:

Reconociendo que las investigaciones sobre el genoma humano y sus aplicaciones abren inmensas perspectivas de mejoramiento de la salud de los individuos y de toda la humanidad, pero destacando que deben al mismo tiempo respetar plenamente la dignidad, la libertad y los derechos de la persona humana, así como la prohibición de toda forma de discriminación fundada en las características genéticas.