



**Universidad Panamericana**

---

---

**Escuela de Medicina**

**"El Nasciturus y el Principio del Interés  
Superior del Menor"**

**Tesis**

**Que para obtener el título de  
Maestra en Bioética**

**Presenta:**

**Beatriz Margarita Merrifield Ayala**

**Director de Tesis:**

**Dra. Dora Sierra Madero**

**México, D.F. 2017**

**EL *NASCITURUS* Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS  
SUPERIOR DEL MENOR**

**BEATRIZ MARGARITA MERRIFIELD AYALA**

*"Hijo es un ser que Dios nos prestó para hacer un curso intensivo de cómo amar a alguien más que a nosotros mismos, de cómo cambiar nuestros peores defectos para darles los mejores ejemplos y, de nosotros, aprender a tener coraje. Sí. ¡Eso es! Ser madre o padre es el mayor acto de coraje que alguien pueda tener, porque es exponerse a todo tipo de dolor, principalmente de la incertidumbre de estar actuando correctamente y del miedo a perder algo tan amado. ¿Perder? ¿Cómo? ¿No es nuestro? Fue apenas un préstamo... el máspreciado y maravilloso préstamo ya que son nuestros sólo mientras no pueden valerse por sí mismos, luego le pertenecen a la vida, al destino y a sus propias familias. Dios bendiga siempre a nuestros hijos pues a nosotros ya nos bendijo con ellos"*

JOSÉ SARAMAGO

## **DEDICATORIA**

A todos los nasciturus del mundo; a quienes viven deseados por un padre y una madre amorosos; a los no queridos, quizá por haber sido concebidos después de una violación, un abuso o un descuido y cuya madre seguramente sufre indeciblemente, pero que ha decidido por sobre todo y contra todo, cobijar esa vida en su vientre; a los congelados que aguardan en algún banco de embriones el momento de ser llamados a participar en la vida; a los que crecen en un vientre subrogado; a aquellos que están por ser abortados; a todos y cada uno de esos seres humanos vulnerables, invisibles para muchos, pero ya eternos. A todos ellos dedico este modesto trabajo.

Mi reconocimiento y respeto para todos aquellos hombres y mujeres que desde sus trincheras luchan por estas personitas, que dan voz a esos diminutos seres humanos para defender los derechos que ellos no pueden exigir.

## AGRADECIMIENTOS

A los miembros y compañeros de la Maestría en Bioética, luchadores en busca del bien y de la verdad.

A mi Alma Mater, la Facultad de Derecho de la Universidad Panamericana. Con especial gratitud para el Dr. Hugo Ramírez García sin cuya guía no hubiera sido posible la culminación de este trabajo, y para la Dra. Dora Sierra Madero, por su apoyo incondicional.

A mis queridos compañeros de Campana, en especial para Karen, ejemplo de generosidad, bondad, entrega, liderazgo y para privilegio mío, amiga entrañable.

A mis amigas Clau, Hilda e Itziar; qué sería mi vida sin ustedes.

A mi Ma, mi Sis, a Karla y a Alberto; el *dream team* de mi vida.

A mi hija Jimena; sensible, apasionada, tierna y perseverante, toda una guerrera; mi ejemplo de mujer.

A mi hijo Francisco; honesto, fuerte, noble, íntegro, un corazón de león; hombre completísimo cuya esencia llena mi vida de emoción y felicidad.

A mi esposo Francisco Javier; la mejor persona que he conocido, mi confidente, mi consejero, mi compañero de viaje, mi maestro de vida, mi hacedor de risas y carcajadas; nadie mejor en el mundo para compartir las alegrías, el llanto, el enojo y la paz, el triunfo y el fracaso.

Y por último a mi amadísimo Dios, quien conoce todos mis miedos, mis enojos, mis frustraciones, mis miserias, mis arrepentimientos, mis huídas y mis regresos, y aún así me ama; es la presencia total que invade mi espacio, lo bendice y lo completa.

## **RESUMEN**

En los últimos años, el progreso científico se ha acelerado de forma significativa y, en el caso de la libertad reproductiva, ha causado un impacto asombroso. Los efectos de dicho avance pueden visualizarse a partir de la reapertura del viejo debate sobre el concepto de *persona humana*, particularmente, en relación con el no nacido o *nasciturus*. Hay quienes sostienen que no puede ser considerado persona y, en consecuencia, tampoco sujeto de derechos. Por la trascendencia bioética de esta cuestión, el presente artículo expone las diferentes corrientes de pensamiento en torno a un tema tan determinante como la personificación del individuo al nacer, para defender su atributo de persona humana, desde el momento de la concepción.

Como resultado de la discusión planteada, y con la intención de atender al principio del Interés Superior del Menor, se propone su aplicación extensiva al *nasciturus*. El propósito es incrementar el alcance protector de los derechos humanos para otorgarlos al *nasciturus*, principalmente, en lo que concierne al principio del Interés Superior del Menor, figura ampliamente reconocida en la literatura jurídica de derechos humanos.

## **PALABRAS CLAVE**

Ciencia, persona, *nasciturus*, derechos, principio del Interés Superior del Menor, legislación, Convención de los Derechos del Niño.

## **ABSTRACT**

In recent years, scientific progress has accelerated significantly and, in the case of reproductive freedom, it has caused an astonishing impact. The effects of this advance can be seen from the reopening of the old debate on the concept of human person, particularly

in relation to the unborn or *nasciturus*. There are those who argue that he cannot be considered a person and, consequently, not subject of rights. Because of the bioethical significance of this issue, the present document exposes the different currents of thought around such determinant topic as the personality of the human being to be born. The main objective is to defend its attribute as a human person, since the moment of conception.

As a result of the discussion, and with the intention of attending to the principle of the best interest of the child, it is proposed to also apply this category to the *nasciturus*. The purpose is to extend the protective scope of human rights to grant to the unborn child, particularly, the principle of the best interest of the child, which is a widely recognized figure in legal literature related to human rights.

## **KEYWORDS**

Science, person, *nasciturus*, rights, principle of the best interest of the child, legislation, Convention on the Rights of the Child.

# Índice

INTRODUCCIÓN.....	1
EL <i>NASCITURUS</i> COMO CONCEPTO JURÍDICO Y FILOSÓFICO .....	5
1.1. ¿QUÉ ES EL <i>NASCITURUS</i> ? .....	5
DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE PERSONA.....	7
2.1. POSICIONES CONTRARIAS A CONSIDERAR AL EMBRIÓN HUMANO COMO PERSONA ....	7
2.2. POSICIONES FAVORABLES A CONSIDERAR AL EMBRIÓN HUMANO COMO PERSONA ..	10
EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	16
3.1. EVOLUCIÓN DE LOS NIÑOS COMO GRUPO ESPECÍFICO DISTINTO A LOS ADULTOS ....	16
3.2. DOCUMENTOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN AL MENOR Y LA CONSOLIDACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	17
3.2.1. EL SISTEMA DE LA ONU Y LOS DERECHOS HUMANOS .....	18
3.2.2. TRATADOS INTERNACIONALES .....	19
3.2.3. ORGANOS CREADOS EN VIRTUD DE LOS TRATADOS .....	20
3.2.4. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ORIGEN Y DESARROLLO .....	21
3.3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. OTROS DOCUMENTOS EMANADOS DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO QUE DESARROLLAN ESTE PRINCIPIO .....	24
3.3.1. OPINIÓN CONSULTIVA 17 .....	24
3.3.2. OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 5.....	26
3.3.3. OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14.....	27
3.4. ALCANZA AL <i>NASCITURUS</i> LA HIPÓTESIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	29
3.5. EL ESTATUTO BIOÉTICO Y BIOJURÍDICO DEL <i>NASCITURUS</i> Y EL SIGNIFICADO PRÁCTICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR .....	35
CONCLUSIÓN .....	39
REFERENCIAS .....	41

## INTRODUCCIÓN

El conocimiento científico acerca del embrión humano ha avanzado portentosamente en las últimas décadas y ha permitido conocer con precisión el proceso de la fecundación y el desarrollo embrionario desde sus primeras horas de vida. De forma paralela, la biotecnología de la reproducción asistida, junto con otros enfoques y experimentos genéticos realizados en distintas partes del mundo, han tenido un avance significativo.

En un primer momento, las investigaciones solían plantearse exclusivamente como estudios en laboratorio, sin embargo, sus resultados llevaron posteriormente a encontrar la cura de diversas enfermedades. Uno de los avances más relevantes se presentó en Inglaterra el 25 de julio de 1978, cuando nació el *primer bebé de probeta*, llamado Louise Brown. Se trata de la primera persona procreada mediante la técnica de fecundación *in vitro* (FIV). Al respecto, George y Tollefson (2011) destacan que la era de la tecnología del embrión empezó nueve meses antes del nacimiento de Louise, cuando “ella entró en existencia en una placa de petri, bajo la dirección de los doctores Patrick Steptoe y Robert Edwards, creadores de la técnica de FIV”.

La técnica empleada despertó el interés por continuar con investigaciones similares, entre cuyos propósitos se encontraba ayudar a parejas con problemas de infertilidad. Actualmente, más de un millón de niños nacidos a partir de la fecundación *in vitro* disfrutan de una vida común. Sin embargo, se requiere un análisis bioético más profundo sobre otras posibilidades que estos avances científicos podrían propiciar, tales como la utilización del embrión para fines como la fecundación *in vitro* con transferencia de embrión (FIVET); los bebés medicamento; el congelamiento de embriones; la manipulación genética con fines eugenésicos para impedir el nacimiento de niños con alteraciones<sup>1</sup>; o el aborto en estadios tempranos. Aunado a lo anterior, se deben tomar en cuenta los daños colaterales que generan dichas prácticas, las cuales dan lugar a casos de explotación de mujeres para la obtención de óvulos, maternidad subrogada, renta de úteros, etcétera.

Siguiendo esta idea, George y Tollefson (2011) mencionan lo siguiente,

---

<sup>1</sup> Según datos compartidos durante la Second Meeting of the Citizens' Assembly (2017), la totalidad de los bebés diagnosticados con síndrome de Down en Islandia son abortados.

Combinado con la promesa de curas para enfermedades, mayor vida e incluso la mejora de la especie humana, las nuevas tecnologías han capturado la imaginación de muchos de los que tal vez no han mirado lo suficientemente cerca en lo que implican estos procedimientos: un deseo de tratar a los más jóvenes y vulnerables miembros de la familia humana como objetos desechables para ser producidos y destruidos para beneficiar a otros.

Por otra parte, en los últimos 60 años se ha hecho presente una realidad lacerante: la vulnerabilidad de la niñez. A ella se debe sumar los graves atropellos de que la infancia ha sido objeto –ya sea por parte de sus propios padres o familiares–; tales como el abandono, el maltrato físico y moral, el abuso sexual, la trata y la explotación de infantes, ésta última presente en redes de corrupción de menores como los llamados *niños de la calle* o la pornografía infantil. Además, los niños resultan afectados por diversos problemas sociales que impactan directamente en sus padres. Entre los más comunes se encuentran los conflictos armados, los grupos de desplazados, la pobreza, la discriminación y la marginación, etcétera.

Con el objetivo de paliar las diversas problemáticas planteadas, el sistema internacional ha desarrollado un conjunto de principios, medidas e instrumentos que combaten y ayudan a erradicar las graves violaciones a los derechos de los niños. Entre ellos destaca el principio del Interés Superior del Menor (ISM), el cual ha sido adoptado por el derecho interno de muchos países para cuidar a los infantes. Sin embargo, esa protección brindada a la niñez, ¿también podría proporcionarse al *nasciturus*?, y de ser así, ¿a partir de qué momento?

La hipótesis de que el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción puede fundamentarse en la consulta de obras de científicos, filósofos y juristas, así como de instrumentos internacionales de derechos humanos y algunas sentencias nacionales e internacionales. Siguiendo esta idea, la presente investigación desarrolla una propuesta donde se argumenta que debido a su alto grado de vulnerabilidad, el *nasciturus* debería ser objeto de la mayor protección posible por parte del derecho, en la medida en que es aplicable. Bajo esta premisa, se busca ofrecer protección jurídica al embrión, quien ha sido objeto de todo un debate filosófico y jurídico acerca de su condición como persona

humana.

En el debate, las posturas relacionadas con el tema se han radicalizado, situación que ha adquirido especial relevancia en la defensa de los derechos humanos. Por una parte, se encuentran corrientes de pensamiento a favor de considerar al *nasciturus* como sujeto titular de derechos y, por otra, quienes se oponen a tal noción.

Un ejemplo de la controversia planteada se observó en el caso de Artavia Murillo, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ordenó que se permitiera el acceso a las técnicas de fecundación in vitro en Costa Rica, con el fin de respetar el deseo de las personas de tener hijos. Aquí se observan las consecuencias en el plano moral de una realidad fáctica, la cual ha reconfigurado los alcances del deber ser y de las autorizaciones normativas que no deben soslayarse de la ética.

En tal sentido, no es posible hablar de avance científico sin la responsabilidad moral que conlleva. El progreso interpela a los seres humanos a hacer un alto en el camino para reflexionar sobre las posibilidades de favorecer el desarrollo sin atentar contra la persona humana ni su dignidad. En el caso planteado, las ansias por tener un hijo y la ciencia se impusieron sobre el menor, de quien no se respetaron sus derechos.

Las nuevas tecnologías enfocadas a la gestación de un embrión están impactando en términos morales porque han permitido a una corte internacional el defender el uso de técnicas como la fecundación in vitro, situación que ha afectado a los principios del derecho a la vida humana, particularmente, en cuanto a la vida por nacer. De esta forma, si se considera que el cigoto es un ser humano desde el momento de la fecundación, y en atención a la figura normativa del Interés Superior del Menor, la CIDH debería ordenar la implantación del óvulo fecundado.

En resumen, al partir de la idea de que el *nasciturus* es persona desde el momento de la concepción, los derechos emanados del principio del Interés Superior del Menor se vuelven aplicables. Así, es posible retomarlo como criterio en la toma de decisiones que afectan al embrión, quien se encuentra totalmente vulnerable ante el mundo que le espera.

En el presente documento se analizan todas las posturas a favor y en contra, ya que no todo son malas noticias para el embrión y la infertilidad, puesto que han surgido alternativas como la nuprotecnología –instrumentada por Thomas W. Hilgers–, la cual ayuda a restaurar la fertilidad de forma natural mediante la identificación y atención de las

causas, así como a partir de la cooperación de los procesos biológicos.

Asimismo, en todo momento se toma en cuenta que cualquier aplicación de las biotecnologías debe basarse en la ética y las pautas que sustentan los valores esenciales que guían al ser humano hacia las acciones correctas. En consecuencia, se busca reflexionar sobre la relación entre lo lícito en términos morales y lo posible en cuestión de lo técnico.

## EL *NASCITURUS* COMO CONCEPTO JURÍDICO Y FILOSÓFICO

### 1.1. ¿QUÉ ES EL *NASCITURUS*?

El punto de partida para la presente investigación es la aclaración conceptual en torno a la noción jurídica del término *nasciturus*. Para ello, se consultaron diversas fuentes provenientes del derecho y de la ciencia política. A partir de la recuperación de este tipo de recursos de información, es posible describir con mayor seguridad el objeto de estudio de este proyecto, el cual ha sido objeto de debate desde distintas perspectivas.

De acuerdo con el Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (2000), *nasciturus* es una palabra proveniente del latín, específicamente, del verbo *nasci*, el cual significa nacer en español. A partir de esta noción, el concepto se traduce literalmente como “el que ha de nacer”. El término se contrapone a la noción de *natus*; es decir, “el que ha nacido ya”. Este último hace referencia al ser humano como sujeto de derecho, el cual ya ha sido concebido, pero aún no alumbrado.

Tras haber revisado diversos textos relacionados con el término *nasciturus*, se observa que las fuentes jurídicas no utilizan una perspectiva unificada en torno a su definición. Existe un sinnúmero de expresiones que plantean puntos de vista totalmente distintos donde no siempre se le asocia con la vida humana en gestación. En el caso de las referencias de corte extra jurídico, tampoco existe unanimidad en la designación del sujeto concebido; sin embargo, todas ponen de manifiesto la existencia de un ser humano, aunque sea en estado-potencial.

Retomando la bibliografía de carácter jurídico, tampoco existe uniformidad con respecto de las características básicas del embrión concebido. Los juristas han utilizado numerosas expresiones, que, en su mayoría, hacen referencia a la fisiología de la mujer. Inicialmente, algunas de las más comunes también provenían del latín, entre las cuales figura *qui in utero est*, traducido como “en el útero”. Posteriormente, otras nociones latinas comenzaron a reflejar la posibilidad de reconocer la existencia de una vida humana futura en el *nasciturus*, tales como *qui nasci speratur*, entendido como “se espera que nazca”;

*nondum nati*, o aún no nacido; y –durante la época justiniana– *homo fieri speratur*, traducido como “el hombre espera que se convierta”. Entre dichas percepciones, requieren mención especial las locuciones que entienden al *nasciturus* como una esperanza de vida o *spes vitae*, entre las cuales destaca el término *spem nascend*, traducido al español como “prospecto de nacimiento”.

Tal como afirma Bartosek (1949), todas las percepciones descritas muestran conceptos fundamentales para la época clásica. En síntesis, sería preciso analizar las consecuencias jurídicas que origina la presencia de una *spes* o esperanza, principalmente en materia hereditaria y en cuanto al *status-personarum*; es decir, el estado de persona. Por otra parte, Bartosek describe la existencia de una evolución en el concepto de esperanza y su relación con el individuo concebido.

El reconocimiento del *nasciturus* se ha desarrollado paralelamente a la regulación de su protección. En primera instancia, según relata Polo (2007), Juliano y Papiniano utilizaron la locución *nasci possit*, traducida como “puede surgir”, retomando el sentido constructivo de la esperanza de vida. Sin embargo, Marcelo fue quien retomó la expresión *spem animantis* o “esperanza de vida” desde su sentido técnico, que se vuelve a encontrar en otros textos. Así, se llega a la noción última de carácter jurídico, citada por Ulpiano.

El desarrollo del concepto técnico-jurídico de *esperanza* coincide con las etapas de evolución de la protección del *nasciturus*. Inicialmente, éste era concebido como irrelevante para el derecho romano; más adelante, con la instauración de la República, surgió el interés por esta figura desde la jurisprudencia. Finalmente, se retomó la doctrina del póstumo en materia hereditaria para comprender al sujeto de estudio (Polo, 2007).

A pesar de que la esperanza de vida humana se retoma en las distintas referencias citadas, éstas van más allá al referirse a dicha figura como algo que se encuentra *in rebus humanis*; es decir, en asuntos humanos; o *in rerum natura*, locución traducida como “en la realidad”. Así, autores como Juliano (citado en Polo, 2007) afirman que el concebido se entiende como parte de la naturaleza. Por ello, no sólo se puede asociar con la esperanza de vida futura, sino también con un ser humano cuya existencia se hace evidente en un tiempo presente.

## DESARROLLO HISTÓRICO DEL CONCEPTO DE PERSONA

### 2.1. POSICIONES CONTRARIAS A CONSIDERAR AL EMBRIÓN HUMANO COMO PERSONA

El presente capítulo expone las diversas perspectivas que buscan definir al *nasciturus* y comprender sus características esenciales. En primera instancia, se abordarán las corrientes de pensamiento que sustentan que el cigoto no puede ser sujeto de derechos, por no ser considerado persona. En segunda, se analizan aquellos puntos de vista que defienden los derechos del embrión desde una perspectiva jurídico-filosófica.

En principio, es necesario retomar las ideas de John Locke, quien es uno de los autores que más abordaron el tema de la persona humana. Al respecto, el filósofo Bernard Schumacher (2011: 96) explica lo siguiente,

El punto de partida de la definición lockeana de la identidad humana y de la identidad personal reside en la distinción que aplica entre la esencia real, por una parte, y la esencia nominal, por la otra. Después de haber descartado *a priori* la concepción aristotélica de la existencia real como una especie en sentido universal, Locke opta por una segunda concepción –“mucho más razonable”, según él– de la esencia real, como el fundamento subyacente a las diferentes características que definen a un individuo particular.

Asimismo, el autor destaca la distinción planteada por John Locke con respecto del ser humano y la persona. Según ambos autores, ésta surge a partir de negar la visión aristotélica de la esencia, la cual plantea a esta última como un elemento individual que se expresa de forma exacta en un plano universal. Asimismo, Locke plantea la importancia de distinguir entre una esencia real y una nominal, cuestión que permite resolver la presencia de lo que él denomina *imbéciles*; es decir, individuos con retraso en sus procesos de razonamiento. Siguiendo esta idea, Schumacher (2011: 22) explica que

Los “imbéciles” parecen radicalmente diferentes, desde el punto de vista de las propiedades de la persona, la cual se define –como veremos– por la auto-conciencia y la conciencia moral. Locke no puede comprender cómo una misma esencia real –aquí el ser humano– podría expresarse en propiedades distintas –a saber, la ausencia, respectivamente, de la presencia de la racionalidad y de la moralidad–, empíricamente observables, siendo por completo idénticas en cuanto a la clase de cosa que son.

De modo similar, Peter Singer sostiene que la ética enfocada a retomar el valor intrínseco de la vida humana está en crisis. Además, el autor mantiene la convicción de que ser persona no depende de la calidad genética de ser humano, sino de tener conciencia de uno mismo, por lo cual, quien carece permanentemente de ella o es privado de la vida no está en las mismas condiciones que aquél muerto por otro de forma consciente. En tal sentido, “matar a una persona contra su voluntad es una injusticia mucho más grave que matar a un ser que no es persona; si queremos traducir esto en términos de derechos, entonces es razonable decir que sólo una persona tiene derecho a vivir” (Singer, 1997: 195).

Asimismo, con respecto de la condición emocional y psicológica del no nacido, Singer (1997: 197) sostiene que:

El embrión no tiene, ni ha tenido nunca, necesidades o deseos, por lo que no podemos perjudicarlo haciendo algo contrario a sus deseos. Ni podemos causarle sufrimiento. En otras palabras, el embrión no es, ahora, el tipo de ser al que se pueda dañar, no más que un óvulo antes de la fertilización.

Finalmente, el autor considera que el derecho es algo que puede ejercerse o no; por lo tanto, se puede renunciar a ese derecho si se desea, aunque se trate del derecho a la vida. Así, Singer expone lo siguiente: “el aspecto más importante de tener derecho a la vida es que uno puede elegir si acogerse a él o no” (Singer, 1997: 199).

En síntesis, para Peter Singer (1997), el embrión y el feto sí son seres humanos, pero

eso no les otorga el derecho a la vida. No le parece incorrecto el uso de cigotos para experimentación o investigación pues, según su pensamiento, el valor de la vida humana es variable y todas las decisiones médicas se deberían tomar con base en el futuro del paciente. Si éste no se encamina a su bienestar, el autor considera adecuada la posibilidad de restringir o anular un veredicto. La ética de Singer ha sido la bandera para las ideas liberales de los países definidos como *desarrollados*.

En la discusión planteada, Engelhardt Jr. (1995 citado en Santillán, 2002) se pregunta qué sucede con los embriones, los fetos y las criaturas con el potencial de ser agentes morales. Según la interpretación de Santillán (2002), Engelhardt ve a dicha potencialidad como una cualidad engañosa puesto que si X tiene a Y en potencia, no es señal de que ya posea dicha cualidad. De ello, el autor argumenta que

Si los fetos son personas en potencia, se sigue claramente de ello que los fetos no son personas... Si los fetos son solamente personas en potencia, no tienen los derechos de las personas, tal vez por eso sea preferible decir que X tiene una cierta probabilidad de convertirse en Y en lugar de decir que X es un Y en potencia (Santillán, 2002: 117).

Por otra parte, Engelhardt considera que la sensibilidad del cigoto es inferior a la de un mamífero adulto, por ello, no es justificable la preocupación por su sufrimiento. En el feto aún no están desarrolladas las conexiones de los lóbulos frontales que ocasionan la sensación de dolor. Por consiguiente, Engelhardt (1995 citado en Santillán, 2002: 117) concluye que

...las obligaciones morales seculares generales consistirán simplemente en asegurar que el bien perseguido, como es por ejemplo, evitar el nacimiento de un niño con Síndrome de Down, supere al final que representa el dolor que sufrirá el organismo animal al que se va a dar muerte.

Entre los autores que comparten este punto de vista, Michael Tooley ha trabajado desde la filosofía de la ciencia y de la religión así como de la causalidad y el naturalismo metafísico.

Algunos de los temas que ha retomado junto con William Lane Craig se relacionan con la existencia de Dios. En tal sentido, su trabajo *Aborto e infanticidio* (1983) ha sido motivo de controversia debido a que para Tooley (1983 citado en Ramos, 1994: 277)

Tener derecho a la vida presupone que uno sea capaz de seguir existiendo como sujeto de experiencias y otros estados mentales. Ello presupone, a su vez, tanto que uno tenga el concepto de tal entidad continuante como que uno crea que es en sí mismo una entidad. Así, una entidad desprovista de tal auto-conciencia como sujeto continuante de estados mentales no tiene derecho a la vida. Un organismo tiene derecho a la vida sólo si posee la idea de un yo como sujeto continuo de experiencias y otros estados mentales y cree que él mismo es tal entidad.

En resumen, existen pensadores que consideran que la calidad de persona no es atribuible al embrión. Entre sus principales argumentos se enlistan los hechos de que carece de sensibilidad y de que su capacidad de raciocino aún no está desarrollada. Asimismo, sostienen la idea de que ser persona en potencia no implica serlo posteriormente. Las teorías de estos autores han servido de plataforma para todas las corrientes que promueven la manipulación de embriones, avalan los avances científicos y/o defienden el aborto.

## **2.2. POSICIONES FAVORABLES A CONSIDERAR AL EMBRIÓN HUMANO COMO PERSONA**

Boecio fue quien acuñó una de las definiciones de persona tan persuasiva, que fue retomada por varios autores durante años posteriores. En su obra *Sobre la persona y las dos naturalezas*, el filósofo escribe: *Persona est naturae rationalis individua substantia* (Boecio citado en Culleton 2010: 61), lo que se traduce al español como: “la persona es una sustancia individual de naturaleza racional”.

Por su parte, Zavala Olalde (2010: 296) añade que

Podemos dar reconocimiento, como Geddes en *The Catholic*

*Encyclopædia*, a la labor en la definición de persona a Boecio recordando los cinco elementos que propuso, como notas que hacen a un ser persona: 1) poseer sustancia, lo que excluye que se sea persona por accidente (accidente en el sentido aristotélico); 2) constituye una naturaleza completa; 3) subsiste por sí mismo; 4) puede estar separada del resto de lo existente; 5) es de naturaleza racional. Estas ideas de la individualidad constituyen a la persona y son fundamentalmente modernas, podemos atrevernos a decir que Boecio es puente entre Edad Media y la Modernidad en la constitución del pensamiento acerca de la persona.

Posteriormente, Immanuel Kant asigna a la persona el valor supremo. Según el filósofo, la persona merece ser siempre tratada como un fin en sí misma y nunca como un medio para satisfacer intereses ajenos. La dignidad de la persona es “algo que se ubica por encima de todo precio y, por lo tanto, no admite nada equivalente; mientras las cosas tienen precio, las personas tienen dignidad” (Kant, 1983: 189). Este enfoque es de gran trascendencia ética debido a la importancia otorgada a la persona. Para el autor, ella es valiosa por naturaleza y un fin en sí misma; por lo tanto, no puede ni debe estar subordinada a los deseos o intenciones de los demás.

De forma similar, otra postura filosófica que se ha proclamado a favor de la defensa de la vida desde la concepción es el personalismo. Esta doctrina surgió con el objetivo de defender al ser humano de los peligros del colectivismo y del liberalismo individualista mediante la protección de la persona. A continuación se exponen algunos de los postulados más significativos de esta corriente.

En principio, es fundamental retomar la propuesta del fundador de la filosofía personalista Emmanuel Mounier. El autor acuña su propia acepción del término *persona* al definirla como “una actividad vivida de autocreación, de comunicación y de adhesión, que se aprehende y se conoce en su acto como movimiento de personalización” (Mounier, 2002 citado en Riego, 2006: 7). Retomando la perspectiva de Mounier, Riego (2006: 7) argumenta que

La vida del hombre es paradoja viva: la existencia personal es un

llamado a ser persona, a ser conquistada incesantemente, pero al mismo tiempo un despertar a la conciencia de lo que ya se es. No en vano el 'conócete a ti mismo' socrático es la primera gran revolución personalista que conocemos en la historia. La historia de la persona será, pues, paralela a la historia del personalismo. No se desarrollará solamente sobre el plano de la conciencia, sino, en toda su amplitud, sobre el esfuerzo humano por humanizar la humanidad.

En concordancia con el enfoque personalista, Emmanuel Levinás plantea la importancia de reconocer la dignidad humana y respetarla. Desde sus primeros trabajos, se postuló como un gran defensor de la vida y ferviente opositor de la violencia. En su propuesta, Levinás (citado en Spaemann, 1997: 1029) se dirige a toda la humanidad cuando enuncia

No cometerás ningún crimen, no matarás. Lo infinito paraliza esa capacidad mediante su infinita oposición frente al asesinato. Al reconocer al otro como diferente en mí, surge de manera absoluta el respeto que debo a esa otra persona o ser que no soy yo.

De igual forma, Jacques Maritain retoma el valor de cada individuo al afirmar que los seres humanos son una unión indisoluble de persona e individuo, lo que representa una realidad compleja y unitaria. Asimismo, expresa que dicha condición impide la anulación de un aspecto del sujeto para resaltar otro. En tal sentido, no considera posible engrandecer sólo una dimensión, menos cuando todos los elementos son fundamentos constitutivos de la existencia humana. Así, el hombre conforma una unidad, compuesta, tensa y desequilibrada (Giró 1995, citado en Díaz, 2006: 4).

Por su parte, Dietrich Von Hildebrand también se ubicó dentro del personalismo al comentar que la persona es, en términos metafísicos, una sustancia. Al respecto, quienes han explicado su obra mencionan que, según Hildebrand,

...la característica constitutiva de la sustancia es, desde Aristóteles, su subsistencia —en contraposición a los accidentes— su ser en sí y por sí misma. Lo cual corresponde sin duda a la persona como sujeto de sus

vivencias o actos; la persona es en sentido propio e independiente, mientras que sus actos son sus accidentes, ya que sólo pueden ser en la sustancia (Sánchez-Migallón, 2009: 10).

En relación con el planteamiento de Hildebrand, Edith Stein habla con impresionante determinación acerca de la persona humana. Según Polaino Lorente (2009: 8), “Stein parte de esas cuestiones vitales y palpitantes que atañen a cualquier persona, y que les lleva a lo que ella llama *preguntas esenciales*, que son al fin las que de verdad importan”. Las interrogantes planteadas por Stein interpelan a la propia existencia y constituyen cuestionamientos que toda persona se hace a sí misma. La autora establece que en todo individuo siempre existe la preocupación por el ser, y, cuando existe incertidumbre, se produce una angustia totalmente indisociable de su existencia. Siguiendo esta idea, es lógico que la persona se cuestione acerca de su existencia, puesto que la vida ha sido dada, pero debe construirse día con día. Esta es la misión principal de cada persona: decidir y decidirse a hacer su vida.

Entre otros pensadores que retoman la filosofía personalista para argumentar a favor de la persona se encuentra Elio Sgreccia. El autor toma como concepto estructural de su antropología a la persona y considera que “la vida humana forma parte de la persona humana, participa de su ser y de su dignidad; esta realidad constituye la condición filosófico-antropológica del deber de respetar la vida humana” (Sgreccia, 1997: 407).

Finalmente, diversos filósofos personalistas destacan la unión de la identidad personal con el cuerpo. Entre ellos, Robert Spaeman considera que la continuidad de la persona está vinculada a la de un organismo ubicado en el mundo y que los demás pueden identificar como una persona. Asimismo, Xavier Zubirí señala que el ser humano mantiene su identidad personal desde la concepción hasta la muerte y que existe una distinción entre personeidad, como unidad estructural, y la dimensión psico-orgánica sexuada, la cual existe desde la fecundación y se designa como persona, esta última constituye el punto de partida de la realidad humana; es decir, se trata de la identidad y la personalidad unidas al despliegue de sus potencialidades en el tiempo; por lo tanto, tiende a cambiar a lo largo del desarrollo personal.

Para Zubirí, la distinción entre personalidad y personeidad permite jerarquizar los

derechos humanos. La vida aparece como derecho previo y condicionante con respecto del derecho a la libertad. Por un lado, la personificación del cigoto le otorga el derecho a la vida y a un ambiente adecuado. Por otro, en su personalidad se fundamentan los derechos de libertad. Ésta es la misma perspectiva propuesta por el Comité Consultivo Nacional de Ética francés (1987 citado en Gómez De La Torre, 1993: 74), el cual destaca considera que

El embrión humano desde la fecundación pertenece al orden del ser y no del tener, de la persona, no de la cosa o del animal. Debería ser considerado éticamente como un sujeto en potencia, como una alteridad de la que no se puede disponer sin límites y cuya dignidad señala los límites al poder o dominio por parte de otros.

Bajo la misma visión, el filósofo español Juan Manuel Burgos (2009) señala que no se debe confundir a la persona con sus propiedades, puesto que ella es el todo. En su interior se encuentran contenidas y unidas todas las cualidades del sujeto; por lo tanto, se trata de una dimensión que brinda continuidad y cohesión. El autor comienza a preguntarse sobre el sentido de hablar de una persona sin conectar su futuro con su pasado; o bien, dónde queda la identidad producto de la conexión entre vivencias individuales.

El debate en torno a la protección de la vida desde la concepción ha retomado diversas temáticas y argumentos, los cuales refieren a diversas dimensiones de la persona humana. En tal sentido, se puede concluir que existen distintos enfoques que ayudan a comprender cómo se ha significado la vida, la persona y la existencia a través del tiempo. De forma complementaria, Cañete (2008) sintetiza la discusión de la siguiente forma:

Frente a estas dos posturas, existe lo que se ha venido en llamar “posición intermedia” que reconoce que la condición del embrión no es equiparable ni ontológica ni moralmente a la condición de persona lo cual no es obstáculo para que merezca un trato “diferenciado” determinado por un “estatuto especial”. Esta posición considera que tienen que examinarse las razones a favor y en contra de la utilización biomédica de los embriones y tratar de alcanzar, si no en el terreno moral sí en el

terreno legal y político, algún marco que concilie las exigencias de respeto o protección del propio embrión, la investigación y las aplicaciones terapéuticas derivadas de la experimentación.

En síntesis, estos pensadores, filósofos, médicos y juristas han enriquecido la discusión a partir de sus propuestas teóricas. Todas ellas coinciden en que es necesario esclarecer la calidad de ser humano persona del embrión desde el momento mismo de la concepción, sin embargo, no todos han argumentado la defensa y respeto que se debe tener a la vida y a la dignidad. De todas las perspectivas descritas, la filosofía personalista es la que más ha procurado la defensa de la vida.

## EL RECONOCIMIENTO DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR

### 3.1. EVOLUCIÓN DE LOS NIÑOS COMO GRUPO ESPECÍFICO DISTINTO A LOS ADULTOS

Al hablar de la infancia, se hace referencia a una amplia gama de situaciones que se hacen perceptibles a diario. Se trata de aquellos individuos que presentan una diferencia importante en relación con los adultos. Dicha relación asimétrica es lo que genera las principales características de lo entendido como *condición infantil* (UNICEF, 2004). A partir de la definición planteada, se realiza un recorrido por los momentos que más han definido la brecha entre adultos e infantes.

Durante la Edad Media, la relación entre adultos y niños ocurría en un ambiente muy similar. Ambos compartían los mismos espacios de trabajo y descanso, así como realizaban juntos actividades lúdicas, religiosas y educativas. Posteriormente, la modernidad alcanzada durante los siglos XV y XVI generó una importante diferenciación entre el mundo infantil y el de los adultos. De acuerdo con Philippe Ariès (citado en Carli, 1999), historiador especialista en estudios sobre la infancia, ésta surgió durante dicha época, conforme se modificaba la estructura familiar. Así, ésta puede ubicarse como resultado del entramado social, económico, cultural y político. Finalmente, el autor entiende a la infancia como el resultado de la brecha existente entre niños y adultos.

Por otra parte, Ariès sostiene que la noción de infancia surgió primero entre los estratos sociales más altos. En ellos, se terminó con la expresión de *pequeños adultos* para considerarlos específicamente como niños. La transición se reflejó en los cambios con respecto de la vestimenta y los hábitos de los pequeños. Sin embargo, no sólo se modificó su apariencia, sino también la percepción que los adultos tenían de ellos. A partir del siglo XV se les significó como individuos altamente vulnerables, incluso, la Iglesia les comenzó a denominar *frágiles criaturas de Dios*.

De esta forma, las concepciones acerca de la infancia comenzaron a desarrollarse a al significarla como una fase diferente en el ciclo de la vida humana. Sin embargo, esto no

ocurrió simultáneamente en todos los sectores sociales. Durante la Revolución Industrial, aún había niños dentro de la clase trabajadora, quienes eran tratados como adultos. Los infantes de las familias obreras compartían con sus padres los mismos espacios para vivir y dormir y no existía la privacidad. Además, el imperativo económico de la época establecía que podían trabajar quienes tuvieran las fuerzas para hacerlo, en consecuencia, los pequeños eran aptos para diversas tareas.

Por otra parte, el historiador Lloyd de Mause (citado en Carli, 1999) estudia la historia de la infancia desde la perspectiva de la psichistoria, a partir de comprender la relación entre adulto y niño, y sus variaciones a lo largo de la historia. El historiador plantea una hipótesis arriesgada con respecto de los vínculos paternofiliales que se daban en los sectores más avanzados de la población. A partir de esta premisa, periodiza diferentes modos de aproximación entre padres e hijos, tomando como referencia la capacidad para satisfacer o no las necesidades de sus hijos.

Esta breve historia de la infancia muestra como la sociedad ha transitado de considerar al niño como un adulto más, a una concepción en la cual es entendido como un ser vulnerable al que hay que proteger. Se trata de una especie de puericultura hacia el menor de edad. Conforme se desarrolló esta perspectiva, surgió la protección al menor en documentos internacionales, los cuales han sido aprobados y firmados por casi todas las naciones del mundo.

### **3.2. DOCUMENTOS INTERNACIONALES RELACIONADOS CON LA PROTECCIÓN AL MENOR Y LA CONSOLIDACIÓN PRÁCTICA DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

En el apartado anterior, se habló de la historia de la infancia y de cómo se transformó el interés de la sociedad por los niños, principalmente, resalta la importancia de este cambio con respecto de su educación. Los cambios en la situación escolar han sido fundamentales, ya que inciden en el futuro de una sociedad sana, donde se puede despertar la curiosidad por conocer el mundo interior de los niños, respetar sus emociones y procurar sus sentimientos. Asimismo, el estudio del desarrollo de su inteligencia fue uno de los puntos de análisis más importantes en el transcurso del siglo XX.

Después de la Segunda Guerra Mundial, surgió una especial preocupación por los

derechos humanos. Tras el surgimiento de la Sociedad de las Naciones se redactaron diversos documentos que protegían a la población y desembocaron en la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos el 10 de diciembre de 1948. Ésta fue redactada como resultado de un ideal en común que perseguían todos los pueblos y naciones de aquel tiempo. Por primera vez en la historia de la humanidad, la Declaración establecía los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales básicos. Así, este documento se ha convertido en la base de los derechos humanos que se deben respetar y proteger.

En cuanto se aprobó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, ésta se convirtió en el fundamento de diversos tratados internacionales, avalados por la Comisión de Derechos Humanos, entendida como el principal órgano intergubernamental en la materia dentro de las Naciones Unidas. Posteriormente, se redactaron dos pactos fundamentales donde se enunciaban los derechos civiles y políticos, pero también, aquellos económicos, sociales y culturales. Dichos discursos entraron en vigor en 1976, y, a su vez, ayudaron a constituir la Carta de Derechos Humanos.

### **3.2.1. EL SISTEMA DE LA ONU Y LOS DERECHOS HUMANOS**

Actualmente, la Organización de las Naciones Unidas (ONU, 2013) se conforma de diversos órganos, los cuales intervienen en materia de Derechos Humanos. A continuación se describen los más importantes y se mencionan sus principales funciones.

1.- Asamblea General: funge como el órgano deliberativo más importante de la ONU. Entre sus principales funciones se encuentra el examinar el contenido de la Tercera Comisión en materia de derechos humanos. Ésta se ocupa únicamente de asuntos sociales, humanitarios y culturales, sin embargo, la Asamblea también supervisa las discusiones del Consejo Económico y Social, y toma una postura al respecto.

2.- Alto Comisionado para los Derechos Humanos: su labor se encuentra enfocada a las actividades dirigidas por el sistema de la ONU. Entre sus funciones se encuentra el fungir como secretaria del Consejo de Derechos Humanos y otros órganos de las Naciones

Unidas, los cuales comúnmente requieren asesoramiento o asistencia.

3.- El Consejo Económico y Social es el órgano encargado de generar las recomendaciones que llegan a la Asamblea General sobre derechos humanos. En este caso, el Consejo se apoya de dos comisiones:

- a) La Comisión de la Condición Jurídica y Social de la Mujer.
- b) Comisión de Prevención del Delito y Justicia Penal.

4.- La Comisión de Derechos Humanos fue reemplazada en 2006 por el Consejo de Derechos Humanos. Anteriormente apoyaba al Consejo mencionado anteriormente pero, con el paso del tiempo, se convirtió en un órgano subsidiario de la Asamblea General. Éste es la instancia principal de diálogo acerca de derechos humanos dentro de la ONU.

El Consejo se encuentra conformado por 47 Estados miembros y tiene su sede en Ginebra. Las discusiones se realizan por lo menos tres veces al año y suelen durar diez semanas. Si es necesario, el Consejo también puede celebrarse en sesiones extraordinarias, en caso de que algún miembro haga la petición y sera apoyado por un tercio de los miembros.

### **3.2.2. TRATADOS INTERNACIONALES**

Una de las bases jurídicas más importantes en materia de derechos humanos son los tratados internacionales. Éstos fueron adoptados desde 1945 y comprenden instrumentos que protegen a la población de todo el mundo. En términos regionales, se han utilizado documentos adecuados para las preocupaciones de cada contexto, tales como constituciones u otras modalidades de la ley; sin embargo, los de carácter más universal fungen como importantes mecanismos de protección.

Los tratados internacionales y el derecho consuetudinario conforman la base del derecho internacional; y su comprensión se logra con el apoyo de otras declaraciones o principios.

Estos tratados son de vital importancia puesto que el respeto a los derechos humanos requiere el establecimiento de un estado de derecho donde se conjunten los planos nacional e internacional. En tal sentido, el derecho internacional establece las obligaciones que los Estados nación deben respetar. Así, los países asumen determinadas obligaciones y deberes para salvaguardar a sus habitantes. Ello significa que las naciones deben procurar que se respeten los derechos humanos en su territorio y que todas las personas tengan acceso a ellos.

En el momento en que se ratifican los tratados internacionales en materia de derechos humanos, los gobiernos aceptan la promulgación de leyes y medidas internas que sea compatibles con los principios del derecho internacional. En caso de que esto no sea así, existen mecanismos regionales e internacionales que facilitan la generación de denuncias para garantizar el cumplimiento del acuerdo realizado por los distintos países del mundo (ACNUDH, 2017).

### **3.2.3. ORGANOS CREADOS EN VIRTUD DE LOS TRATADOS**

A partir de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, se crearon ocho órganos enfocados a garantizar la aplicación y cumplimiento de sus premisas fundamentales. A continuación se enlistan dichos elementos y se describen en función de lo establecido por la ONU (2013):

1. Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CESCR, por sus siglas en inglés)
2. Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD, en inglés)
3. Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW, por sus siglas en inglés)
4. Comité contra la Tortura (CAT, en inglés)
5. El Comité de Derechos Humanos (CCPR, por sus siglas en inglés) es un órgano conformado por expertos encargados de vigilar el cumplimiento del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos por los Estados que lo han ratificado.
6. Comité de Derechos del Niño (CRC, siglas en inglés). Es el órgano enfocado a

supervisar la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño por sus Estados Partes. Asimismo, supervisa la aplicación de los protocolos facultativos de la Convención; es decir, aquellos asociados con la participación de niños en conflictos armados y la trata de menores. De acuerdo con la ONU (2013),

Todos los Estados Partes deben presentar al Comité informes periódicos sobre la manera en que se ejercitan los derechos. Inicialmente, los Estados deben presentar un informe dos años después de su adhesión a la Convención y luego cada cinco años. El Comité examina cada informe y expresa sus preocupaciones y recomendaciones al Estado Parte en forma de "observaciones finales". El Comité examina los informes adicionales que deben presentar los Estados que se han adherido a los dos protocolos facultativos de la Convención.

Asimismo, el Comité publica su interpretación de las disposiciones sobre derechos humanos, y es el principal encargado de la organización de los debates en torno a las observaciones generales planteados en la ONU.

7. Comité para la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares Disponible en inglés (CMW, por sus siglas en inglés).
8. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD, en inglés).

#### **3.2.4. DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ORIGEN Y DESARROLLO**

La Declaración de los Derechos del Niño fue aprobada en 1959 por la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó. De acuerdo con el Comité de los Derechos del Niño (1998: 23),

Este reconocimiento supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño. Tuvo sus orígenes desde 1924 cuando la Sociedad de Naciones (SDN) aprobó la Declaración de Ginebra, un documento que pasó a ser histórico, ya que por primera vez reconocía y afirmaba la existencia de derechos

específicos de los niños, así como la responsabilidad de los adultos hacia ellos.

El surgimiento de la valoración de los derechos del niño no habría sido posible sin el surgimiento de la ONU, órgano fundado después de la Segunda Guerra Mundial y cuya relevancia se recalcó a partir de la aprobación de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* en 1948. Posterior a las discusiones enfocadas a los derechos humanos en general, se realizó especial énfasis en los niños, lo que propició la creación de la *Declaración de los Derechos del Niño*. En el sitio oficial de la ONU (2013) se narra que después de las discusiones en Ginebra, fue “cuando optaron por elaborar una segunda Declaración de los Derechos del Niño, considerando nuevamente la noción de que la humanidad le debe al niño lo mejor que puede darle ofrecerle”.

Tras las discusiones, el 20 de noviembre de 1959 se aprobó la Declaración de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas. La aprobación se realizó de manera unánime por parte de los 78 Estados miembros de la ONU.

Hasta este momento, cabe destacar que ni la Declaración de Ginebra de 1924 ni la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 definen donde empieza y termina la fase de la infancia. Sin embargo, en uno de los principios de la Declaración de los Derechos de los Niños (1959: 1) se señala que “...el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento”. Éste fue otro de los argumentos que centraron la atención en la calidad de vida de la infancia.

En 1969, se suscribió la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada Pacto de San José de Costa Rica. El documento entró en vigor en julio de 1978 y en su artículo 4º contempla de forma específica que “Toda persona tiene derecho a que se respete su vida. Este derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. Nadie puede ser privado de la vida arbitrariamente” (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969: 2).

Años más tarde, la Convención sobre los Derechos del Niño fue introducida al marco normativo en materia de derechos humanos. El texto fue adoptado y abierto tanto a su firma como a su ratificación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas el

20 de noviembre de 1989. Entre sus postulados, el documento reconoce a las niñas, los niños y los adolescentes como sujetos de derechos, y establece que los Estados deben garantizar su protección. Sin embargo, en su artículo 1º plantea una definición donde queda la inclusión del no nacido en un estado ambiguo, al mencionar que la Convención (1989: 2) “entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

De forma concreta, se debe buscar que la Convención sobre los Derechos del Niño sea considerada como un instrumento internacional jurídicamente vinculante y que contemple de manera explícita la protección al no nacido, definiendo a la niñez desde la concepción hasta antes de los 18 años de edad, y no únicamente considerando al niño como aquél menor de 18 años, como se contempla actualmente.

A la revisión de los derechos de la infancia, la Convención sobre los Derechos del Niño incorporó un nuevo concepto: el del *Interés Superior del Menor*. Su definición y aclaraciones conceptuales se señalan en el artículo tercero de la CDN (1989, 3), el cual establece que

En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

El concepto de *Interés Superior del Menor* ha adquirido relevancia con el paso del tiempo, pero para lograr su aplicación efectiva es necesario definirlo claramente. Al respecto, algunos autores mencionan que

Estamos, pues, ante un concepto no pacífico, de difícil concreción, que ha atraído la atención de no pocos autores, deseosos de analizar pormenorizadamente si el mentado principio rector –siguiendo la caracterización que le ha atribuido el propio Comité de los Derechos del Niño, es realmente de aplicación efectiva en nuestra práctica cotidiana y en caso de ser así, cuál es el modelo de implementación en que ello se viene operando por parte de los diferentes actores sociales que inciden

en la vida del niño, niña o adolescente, para, de este modo, evitar que este concepto se convierta en lo que Carbonnier definió como una noción mágica, evanescente, que puede dar lugar a la arbitrariedad jurídica y al abuso de derecho (Ballesté & Olave, 2015: 904).

### **3.3. INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. OTROS DOCUMENTOS EMANADOS DE LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO QUE DESARROLLAN ESTE PRINCIPIO**

Las opiniones consultivas, se caracterizan por ofrecer interpretaciones que protejan con eficacia los derechos de las personas, sobre todo mediante la aplicación del principio *pro hominem*. En este caso, el principio del Interés Superior del Menor se especifica y desarrolla en dos importantes documentos emanados de la CDN. En primer lugar se encuentra la Opinión Consultiva Número 17 (2002).

La Corte Interamericana de los Derechos Humanos funge una labor consultiva de carácter multilateral y no litigioso. Ésta no busca señalar responsables ni dar respuestas a casos concretos, sino interpretar diversos documentos legales y tratados enfocados a la protección de los derechos humanos. Asimismo, proporciona su opinión acerca de la competitividad de sus leyes internas y de diversos instrumentos internacionales (García & Pallares, 2011).

#### **3.3.1. OPINIÓN CONSULTIVA 17**

El 28 de agosto de 2002, la CIDH reconoció al niño como sujeto de derecho cuando emitió la Opinión Consultiva 17, a la cual llamó *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. Este fue el primer caso que pasó a la historia y ha sido paradigmático en término de defensa de la vida.

El 30 de marzo de 2001, se le pidió a la CIDH que emitiera una opinión consultiva, con el fin de interpretar los artículos 810 y 2511 de la Convención Americana, ello, para “determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen ‘límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados’ en relación a niños...” (CIDH, 2002: 14). Asimismo, se le solicitó la generación de criterios

válidos dentro del marco de la Convención Americana.

Posteriormente, el 24 de abril de 2001, la Secretaría de la Corte transmitió el texto de la consulta a los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA), al Instituto Interamericano del Niño y al Consejo Permanente, entre otros organismos interesados en la materia. Asimismo, el presidente de la corte solicitó que las observaciones relevantes sobre la consulta fueran presentadas ante la Secretaría. Entre lo descrito por el documento es necesario destacar lo siguiente. En este punto se retoma de forma textual todas las observaciones significativas realizadas por la CIDH (2002: 23) para el presente trabajo.

La Corte declaró que para los efectos de esta opinión consultiva, “niño” o “menor de edad” es toda persona que no haya cumplido 18 años, salvo que hubiese alcanzado antes la mayoría de edad, por mandato de ley, en los términos del párrafo 42. Y entre otras cuestiones, la Corte opinó respecto a las observaciones hechas por los organismos mencionados.

1. Que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

2. Que la expresión “interés superior del niño”, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos 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.

3. Que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no impide la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños.

4. Que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyar y fortalecer a la familia, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo.
5. Que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función del interés superior de aquél. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.
6. Que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.
7. Que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecidas en el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.
8. Que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño.

### **3.3.2. OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 5**

El segundo documento emitido por la CDN que proporciona información sobre el principio

del Interés Superior del Menor es la Observación General Número 5, también conocido como Medidas generales de aplicación de la Convención Sobre los Derechos del Niño (OG 5). Dicho instrumento dio a conocer el contenido debatido durante la Convención y es elaborado con apoyo del Comité, órgano internacional de expertos en materia de derechos humanos.

La OG 5 establece que el Interés Superior del Menor implica la adopción de medidas – por parte de los tres poderes: ejecutivo, legislativo y judicial– que afecten a niñas y niños. En ellas queda entendido que se debe hacer un análisis sistemático para determinar cómo cualquier medida puede afectar al niño o a la niña, ya sea de forma directa o indirecta. En estos términos, se retoma la importancia de siempre velar por el bienestar de los menores.

En relación con el Interés Superior del Menor, la OG5 en su artículo 3, párrafo 1 señala que

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.

### **3.3.3. OBSERVACIÓN GENERAL NÚMERO 14**

Un tercer documento relacionado con la protección del niño es la Observación General Número 14 (2013), denominada *Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial*. En dicho postulado, el Comité (2013: 4) señala que

“...el interés superior del niño es un concepto triple:

- a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión

debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general. El artículo 3, párrafo 1, establece una obligación intrínseca para los Estados, es de aplicación directa (aplicabilidad inmediata) y puede invocarse ante los tribunales.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. Los derechos consagrados en la Convención y sus Protocolos facultativos establecen el marco interpretativo.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.

La evaluación y determinación del interés superior del niño requieren garantías procesales. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho. En este sentido, los Estados partes deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, que se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

El jurista chileno Miguel Cillero Bruñol (1998: 8) plantea que la noción de Interés Superior del Menor es una garantía a partir de la cual "los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos, se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen (que se quebrante una ley)". Con base en el este

planteamiento, contemplar dicha garantía para los recién concebidos resulta de gran relevancia para la protección de sus derechos.

### **3.4. ALCANZA AL *NASCITURUS* LA HIPÓTESIS DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

Si se apela a lo señalado en los párrafos que anteceden con respecto de los diferentes documentos internacionales, se puede deducir que el no nacido está contemplado en el principio normativo del Interés Superior del Menor; sin embargo, la realidad ha demostrado que esto no opera así al momento de tomar una decisión judicial. A continuación se presentan dos casos significativos para ejemplificar la problemática.

En primer lugar, se tiene la resolución judicial por parte de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos en el caso *Roe vs. Wade* de 1974, donde una mujer soltera embarazada presentó una demanda colectiva desafiando la constitucionalidad de las leyes de aborto penal de Texas. Su eje argumental fue la aprobación del aborto por cualquier motivo y la protección del feto sólo hasta que sea viable y capaz de vivir fuera del útero materno sin ayuda artificial.

En segunda instancia, es posible mencionar un emblemático caso vinculado con el avance científico. El 28 de noviembre de 2012, la CIDH condenó a Costa Rica por considerarle responsable de la vulneración de los derechos a la integridad, la libertad personal, la honra, la dignidad y la protección a la familia, al no haber permitido el uso de la técnica de fecundación in vitro (FIV). En dicho suceso, la CIDH dictó la siguiente sentencia: “La Corte considera que es procedente definir, de acuerdo con la Convención Americana, cómo debe interpretarse el término *concepción*” (CIDH, 2012: 60).

Si se analiza el veredicto legal del segundo ejemplo en conjunción con las pruebas científicas, se concluye que ambas concuerdan en diferenciar dos momentos complementarios y esenciales en el desarrollo embrionario: la fecundación y la implantación. Por su parte, el tribunal observó que sólo al cumplirse el segundo momento se cierra el ciclo necesario para la concepción.

Al tomar en cuenta la prueba científica presentada por las partes, el tribunal constató que, si bien al ser fecundado el óvulo se da pie al desarrollo de una célula distinta con el contenido y los datos genéticos suficientes para gestar un ser humano, su probabilidad de

desarrollo son prácticamente nulas, si no se implanta en el cuerpo de una mujer (CIDH, 2012). Si un embrión nunca logra insertarse en el útero, no recibe los nutrientes necesarios ni se implanta en un ambiente adecuado para su buen crecimiento. Al respecto, la resolución fue la siguiente: “la Corte entiende que el término *concepción* no puede ser comprendido como un momento o proceso excluyente del cuerpo de la mujer, dado que un embrión no tiene ninguna posibilidad de supervivencia si la implantación no sucede” (CIDH, 2012: 60).

Así, la CIDH considera que el término *concepción*, referido al inicio de la vida humana, no se interpreta en concordancia con la *fecundación*, sino que debe interpretarse como equivalente al término *implantación*. Con esto se entiende que el embrión humano, concebido fuera del seno materno, no sería considerado como persona si no está implantado, ya que fuera del útero no tiene posibilidad de sobrevivir. De igual forma, la institución sostiene que el derecho a la vida del ser humano antes del nacimiento tiene carácter relativo ante la vida privada y familiar.

Decisiones judiciales como las planteadas abren el viejo debate que parecía resuelto con respecto del ser humano-persona y de los derechos que deben ser protegidos. Si se pretende que la Convención de los Derechos de los Niños proteja al menor, éste debe ser considerado desde el momento de la concepción. En consecuencia, sería importante considerar al *nasciturus*, desde el momento de la concepción, como persona.

Para determinar si el principio del Interés Superior del Menor protege al *nasciturus*, se tendría que demostrar que el recién concebido no es sólo humano, sino persona, y en este punto, el avance de la ciencia opera a favor del cigoto

Existen pensadores que señalan que la consideración de persona comienza cuando se desarrolla la conciencia. Otros autores señalan que esta consideración comienza cuando se desarrolla la capacidad de sentir dolor, y hay quienes opinan que la persona es considerada como tal hasta que es capaz de pensar, o de tomar decisiones.

Desde el punto de vista de la lógica, dichos argumentos podrían ser catalogados como un absurdo puesto que en ese sentido, sería válido asesinar a un recién nacido porque aún no ha desarrollado su capacidad de decidir. Puede sentir dolor, pero eso ocurre también con el *nasciturus*.

En virtud de esta variedad de pensamientos y teorías, apelamos, en primer lugar, a la

ciencia. Los avances en la embriología demuestran que tras la fecundación, los dos gametos humanos –al unirse– dan como resultado un cigoto humano. Es en ese preciso momento cuando una transformación completa comienza a ocurrir. De acuerdo con la especialista Natalia López Moratalla,

El embrión es realidad humana, individuo de la especie, persona, desde que es cigoto, porque posee toda la información del sistema respecto al término: tiene como propia la capacidad de un desarrollo orgánico. Y actualizará en cada tiempo de su vida toda la información de ese momento vital (López, 2004).

En otro artículo, López (2010: 130) retoma el siguiente argumento,

Desde el primer día de vida se desarrolla un diálogo molecular entre el embrión y la madre, que se inicia con la liberación de moléculas interleuquinas por el embrión que reciben los receptores específicos de las trompas uterinas. Como respuesta, las trompas producen varias sustancias. Los llamados factores de crecimiento permiten el desarrollo embrionario. Los conocidos como factores de supervivencia (inhibidores de la apoptosis o muerte celular programada) inyectan la vitalidad que el embrión necesita porque, durante los cinco primeros días, no dispone de más energía que la guardada en el óvulo. Las moléculas de superficie, complementarias de las del embrión, le permiten rotar a lo largo del recorrido y le indican el lugar donde debe detenerse para anidar. Tras este primer diálogo molecular hay tres momentos de especial intensidad en la comunicación materno-filial por el contacto directo, que ya no es de células, sino de tejidos. En los días seis y siete se introduce en el epitelio uterino, donde inicia la anidación, produciéndose un contacto físico directo entre tejidos. Durante los días siete al nueve el embrión penetra en el endometrio uterino y libera sangre de vasos capilares de la madre para recibir la energía necesaria mientras no disponga de sangre propia. Y, a partir del día 15 se organiza el sistema circulatorio, gracias al flujo de sangre materna que llega a través de la placenta.

En apoyo a estas afirmaciones, Moore y Persaud (2011: 749) señalan que

el desarrollo humano comienza en la fecundación cuando un gameto masculino semen (espermatozoide) se une con un gameto femenino o un ovocito, para producir una única célula, cigoto. Esta célula totipotencial, marca el comienzo de cada uno de nosotros como un individuo único. El cigoto, apenas visible a simple vista como una mancha pequeña contiene los cromosomas y los genes (unidades de información genética) que proceden de la madre y del padre. El cigoto unicelular se divide muchas veces y se convierte progresivamente transformando en un ser humano multicelular mediante la división celular, el crecimiento y la diferenciación.

Además, desde su perspectiva científica argumentan a favor de la vida humana al mencionar que

Cuando el espermatozoide y el óvulo dejan de serlo, surge un organismo diferente con sus propios procesos de crecimiento y desarrollo y es un hecho que todos los biólogos del desarrollo, así como los embriólogos están de acuerdo en señalar que es la fertilización el momento en que da inicio un ser humano (George & Tollefsen, 2011: 749).

En tal sentido, es preciso acotar tres puntos importantes. En primera instancia, el embrión ya es diferente de cualquier célula de la madre o del padre desde la concepción. Ello queda claro debido a que el *nasciturus* crece en su propia dirección, en función de su supervivencia y maduración. En segundo lugar, el embrión adquiere características de un ser humano desde el principio de su creación. Finalmente, se puede argumentar que el embrión es un organismo completo, aunque aún en proceso de maduración.

No es necesario profundizar en ambas posturas para demostrar la presencia de vida desde la concepción, basta ahora con lo señalado. Siguiendo esta idea, el caso de Artavia Murillo presentado ante la Sala Constitucional de Costa Rica (CIDH, 2012: 25), empleó la

siguiente explicación para considerar al embrión como una persona desde el momento de la concepción:

Cuando el espermatozoide fecunda al óvulo esa entidad se convierte en un cigoto y por ende en un embrión. La más importante característica de esta célula es que todo lo que le permitirá evolucionar hacia el individuo ya se encuentra en su lugar; toda la información necesaria y suficiente para definir las características de un nuevo ser humano aparecen reunidas en el encuentro de los veintitrés cromosomas del espermatozoide y los veintitrés cromosomas del ovocito. [...] Al describir la segmentación de las células que se produce inmediatamente después de la fecundación, se indica que en el estadio de tres células existe un minúsculo ser humano y a partir de esa fase todo individuo es único, rigurosamente diferente de cualquier otro. En resumen, en cuanto ha sido concebida, una persona es una persona y estamos ante un ser vivo, con derecho a ser protegido por el ordenamiento jurídico.

Así, también el enfoque biológico ha presentado argumentos para referir a la vida humana desde su procreación. En apoyo a esta perspectiva, el profesor Jerome Lejeune (1993, citado en García, 2011: 44), catedrático de Genética de la Universidad de la Sorbona, afirma que existe un ser humano

...desde el momento mismo de la fecundación, desde el instante en que a la célula femenina le llega toda la información que se contiene en el espermatozoide. No existe ninguna transformación esencial por la cual el cigoto, embrión o feto se convierta en algo que no fue desde el momento de su concepción hasta la muerte.

Ante el presente debate, surge la siguiente cuestión: si en términos biológicos se es humano desde el momento de la concepción, ¿cuándo y bajo qué condiciones un individuo de la especie humana es considerado persona? Ello debido a que una cuestión es demostrar la vida y la existencia de un ser humano desde el momento de la concepción y

otra muy diferente que a un individuo se le pueda llamar persona. En concordancia con este tema, Alejandro Serani Merlo (2001:13) plantea que

Desde el momento en que se constituye un viviente humano, el embrión es plenamente humano y plenamente persona, aun cuando una parte muy importante de sus virtualidades no se haya todavía manifestado. Se trata de una persona actual, plena de potencialidades y no de una persona potencial o en potencia. La persona potencial no es persona y no tiene potencialidades, mientras que la persona actual con sus potencias sí lo es, por mucho que estas solo se encuentren de modo muy incipientemente actualizadas.

De hecho, los conceptos de persona y ser humano no necesariamente se encuentran ligados y surge una disyuntiva que se ha mantenido en los últimos tiempos por diferentes autores y corrientes de pensamiento; por una parte, hay quienes señalan que pueden existir personas que no son humanos y, de forma similar, se puede argüir que hay humanos que no cumplen con las condiciones de ser personas, al no ser capaces de obrar con racionalidad y sentido moral.

Retomando el planteamiento central del presente acápite, ¿alcanza al *nasciturus* la hipótesis del principio del Interés Superior del Menor? Se podría apelar tanto a la demostración científica aportada por la embriología moderna como al derecho natural para dar una respuesta.

Si el principio del Interés Superior del Menor está inspirado en la necesidad de proteger y velar por los menores y, considerando que la sociedad actual tiene un profundo interés por la protección de la niñez, ¿por qué esa misma sociedad no se preocupa por defender de manera equiparable al embrión? Se debería apelar a que los principios normativos del Interés Superior del Menor, también deberían aplicar para la protección del *nasciturus*.

En este rubro, es preciso acotar que el derecho natural está por encima del derecho positivo, el cual sólo se constriñe a un tiempo o comunidad y no está sujeto a legislador alguno, se impone a los hombres por naturaleza. Al respecto, Agustín Basave (s.f.) menciona que el Estado reconoce define, realiza y sanciona un orden jurídico determinado,

por concreción o determinación del derecho natural. El existir humano está sometido a exigencias normativas que el hombre debe realizar. En el haz de posibilidades que hay en la originaria proyección de la existencia del ser humano, se da un núcleo originario de exigencias esenciales cuya dimensión es jurídica. Basave plantea que no hay derecho sin eticidad. Finalmente, en el derecho natural se conjugan la inmutabilidad supra-histórica y la abertura hacia la historicidad insoslayable de las situaciones convivenciales del hombre. Junto a la diversidad conceptual de las doctrinas el derecho natural como *ethos* jurídico, como verdadero derecho, como fundamento legitimador de todo derecho positivo.

Bajo el argumento de Agustín Basave (s.f.: 58).

El Derecho Natural no es el mero sentimiento de justicia ni un código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios razonables - supremos, evidentes, universales- que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre.

El derecho positivo, como conjunto de normas que regulan el funcionamiento de una sociedad, puede o no dictar normas con respecto del embrión o recién nacido, pero, apelando al Derecho Natural, un embrión humano representa el inicio de la vida humana, con su propia carga genética diferente. Así, se dice que se ha procreado un individuo único e irrepetible, por lo que es acreedor a la dignidad humana. En síntesis, se le debe otorgar la protección jurídica necesaria y, en este caso, la hipótesis del Interés Superior del menor alcanza al *nasciturus*, con todas las prerrogativas que este principio normativo contempla.

### **3.5. EL ESTATUTO BIOÉTICO Y BIOJURÍDICO DEL *NASCITURUS* Y EL SIGNIFICADO PRÁCTICO DEL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR**

La polémica en relación con el estatuto bioético y biojurídico del *nasciturus* radica en determinar si, de acuerdo con lo planteado, se les puede atribuir valor y dignidad. Ello, con el fin de respetarle desde el momento de la concepción. En este punto, se ha ahondado lo suficiente como para demostrar que los avances de la embriología demuestran que, en

razón de sus características, desde el momento de la concepción, se debe respetar la vida y su dignidad. En otros temas, sería necesario demostrar que el *nasciturus* puede recibir el estatus de persona jurídica, a la cual atribuirle derechos. Sólo así será posible desarrollar principios que le beneficien y le hagan justicia.

Para fines del análisis, es preciso retomar el concepto de persona jurídica, pues, para fines prácticos, se relaciona directamente con el principio del Interés Superior del Menor. Si se retoma la historia del concepto *persona*; se observa que este solía ser sinónimo de hombre, palabra proveniente del griego *prosopón*, que significa “máscara de actor”, “personaje teatral” o “personalidad”. La palabra cobró especial relevancia en la época romana, ya que sólo los ciudadanos eran considerados personas y los esclavos solían ser entendidos como cosas. Años más tarde, con el advenimiento del cristianismo y las reflexiones teológicas suscitadas por el esfuerzo por entender los dogmas, se retomó la noción de *persona* desde un enfoque religioso. Dicha percepción se mantuvo hasta que el filósofo Boecio dio una interpretación distinta, tal como se mencionó en páginas anteriores del presente trabajo.

Por otra parte, fue Hans Kelsen quien entendió a la persona como “un centro de imputación normativa”, lo que incidió de manera importante en el concepto jurídico. Dicho autor no diferencia entre persona humana y jurídica, para él, todas las personas son sujetos de derechos. Kelsen (2009: 58) menciona que “La persona física es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de un hombre; así como la persona jurídica es la personificación de las normas reguladoras de la conducta de una pluralidad de hombres”.

Así comenzó la interpretación de la persona desde una dimensión jurídica. El derecho hace referencia a esta noción y, en consonancia con lo que se ha mencionado anteriormente con respecto del derecho natural, es posible señalar que el hombre existe antes del derecho y; por lo tanto, está por encima de éste. Cárdenas (2007: 5) argumenta que “El derecho únicamente positiviza una realidad, no la inventa, solo la recrea y le asigna roles determinados. Por debajo del derecho mismo, existe una realidad biológica, una entidad humana, un sujeto real, un yo”.

Por su parte, Isabel Fanlo (2004: 15) señala que “En términos algo esquemáticos, puede decirse que la perspectiva todavía hoy dominante es aquella que, haciendo hincapie

en la condición natural de vulnerabilidad del niño, defiende la exigencia de un tratamiento diversificado respecto del adulto”. Asimismo, observa que

...en una óptica dirigida a la valoración de una “especial” protección del menor, el reconocimiento de derechos a este último es funcional a la tutela de aquel, no mejor identificado, “interés superior del niño” (the best interest of the child) que, hoy por hoy, se ha convertido en una fórmula recurrente tanto en los textos normativos, como en los jurisprudenciales (Fanlo, 2004: 15).

Ahora bien, en su artículo *Los derechos de los niños y las vidas de los niños*, Onora O’Neill (citado en Fanlo, 2004) refiere que el Interés Superior del Menor da pauta para interrogarse acerca de los bases jurídicas que lo sustentan. Al respecto encuentra que los derechos fundamentales son su principal soporte:

Cuestionaré sin embargo, si los derechos positivos de los niños, están mejor fundamentados mediante la apelación a los derechos fundamentales (morales, naturales, humanos) (...) Más bien reivindicaré que los derechos fundamentales de los niños están mejor fundamentados envolviéndolos (sic) en una versión más amplia de las obligaciones fundamentales que también puede utilizarse para justificar derechos y obligaciones positivas (Fanlo, 2004: 78).

De tal modo, el Interés Superior del Menor tiene como base los derechos fundamentales, los cuales incluyen garantías adicionales de las que son sujetos de derecho los niños. Dicha aseveración se basa en el supuesto de que la minoría de edad es “una incapacidad por orden natural de la cosas y no necesita justificarse en tanto que el menor carece de la experiencia, como de la inteligencia necesaria para conducirse por sí solo en la vida” (Guzmán Brito, 1996: 240-241). En esencia, los menores de edad son sujetos de derechos, dada su falta de vivencias.

Considerando los argumentos que garantizan a los menores sus derechos fundamentales, se sugiere que estos principios pueden aplicarse al *nasciturus*,

principalmente, debido a que el concepto de *interés jurídico* implica que se pueda obtener las ventajas y derechos protegidos por la ley a partir de la actuación de los órganos competentes del Estado. Si éstos no intervienen, el titular sufriría un daño. Así, estos preceptos se pueden aplicar al *nasciturus*, debido a que de no ser sujetos del interés jurídico podría sufrir daño.

En consecuencia, si el Interés Superior del Menor es un principio jurídico que se realiza por medio de acciones que garantizan el desarrollo adecuado de los menores, al aplicar este principio normativo al *nasciturus*, cabe sugerir que esas acciones que ayudan a alcanzar una vida digna se pudiesen extender a la madre; por lo que, debería proveérsele de recursos necesarios para que se garantice el desarrollo integral de ambos.

En síntesis, se puede retomar la idea de García Fernández (2011: 56-57), para quien,

El embrión humano, desde el momento de su concepción, tiene el derecho a la protección que debe ser dada por nuestras leyes a toda persona, es decir, tiene derecho a la vida, a que se respete su dignidad como ser humano, a la libertad y a preservar su salud (...) La desvalorización que algunas personas hacen a la vida humana en sus primeros estadios es un grave atentado al embrión humano y a su dignidad como persona, por ello es de suma importancia que la legislación de cada país lo reconozca como sujeto de derechos.

De tal suerte, el *nasciturus* puede ser considerado como un portador de garantías, al adjudicársele el principio del Interés Superior del Menor. Sin importar la etapa en la que se encuentra el embrión, es sujeto de principios que se le reconocen derechos, basadas en el hecho de que es un ser humano en formación.

## CONCLUSIÓN

En el presente trabajo se han expuesto las corrientes de pensamiento a favor y en contra de considerar al embrión como persona. Estas últimas son el estandarte empleado por algunas posturas que retoman problemáticas como el aborto y la manipulación de embriones con fines científicos.

Dichas propuestas filosóficas retoman los conceptos de *persona* y *ser humano*. A partir de la revisión realizada en este documento, se observa que ambos son conceptos no equiparables. Con respecto de las corrientes en contra de considerar al no nacido como persona, se concluye que éstas implican un terreno resbaladizo que pudiese descalabrar muchas cabezas, si no se trabajan cuidadosamente.

El planteamiento descrito no ha buscado desarrollar una propuesta que detenga el avance científico; eso sería una desmesura. El verdadero objetivo ha sido contribuir al robustecimiento del marco jurídico con base en valores morales universales, en la medida de que se proteja a cualquier ser humano de posibles violaciones a sus derechos. Así, en el caso de los menores, la autora del presente trabajo propone que el principio del Interés Superior del Menor sea el que prevalezca durante cualquier etapa del desarrollo.

En cuanto a los hallazgos, fue posible observar que ningún pensamiento, corriente o filosofía puede obviar la idea de que un sujeto-cigoto contiene en su material genético todo lo necesario para desarrollarse –como cuerpo, funciones y facultades orgánicas–, pero, por deducción, también contiene elementos como alma, sentimientos, pasiones etcétera.

A través de la revisión histórica, teórica y jurídica, se observa que, efectivamente, el *nasciturus* es un ser inacabado. Sin embargo, desde la concepción ya posee todas las características que lo hacen persona. En consecuencia, éste debería ser argumento suficiente para que se promuevan y procuren sus derechos en los documentos internacionales que hacen referencia a la infancia. Un primer avance podría ser considerar al no nacido dentro de la definición de *niño* en la Convención sobre los Derechos del Niño; es decir, considerar el comienzo de la infancia desde la fecundación del óvulo hasta antes de los 18 años de edad. De este modo, el principio del Interés Superior del Menor se extendería al *nasciturus*.

Siguiendo esta idea, la bioética, en su carácter de ciencia inter y transdisciplinaria,

debe ser protagonista de este aporte para la constitución del marco jurídico previamente mencionado. A partir de valores como la autonomía, la justicia, la beneficencia y la no maleficencia, se debe proteger la dignidad de todo ser humano desde el momento de la concepción. En conclusión, la verdadera intención es que el avance científico vele por la dignidad y busque el bien de la persona humana. Sólo así, el ser humano encontrará el entorno propicio para desarrollarse y crecer.

La realización de la presente investigación lleva a quien la presenta a leer y reflexionar acerca del hecho de que por qué las personas se han empeñado en defender a los niños y alzar la voz por ellos. Pese a ello, la defensa de los menores ha dejado de lado las etapas anteriores al nacimiento, a partir de las cuales comienza a originarse un ser humano.

De igual modo, la vida generada científicamente en una placa de Petri necesita defendérselo, al igual que los embriones que son congelados para después continuar con el proceso de gestación hasta tener un bebé; es decir, una persona. También, habrá que velar por ellos y buscar alternativas jurídicas que les protejan. En suma, el principio normativo del Interés Superior del Menor requiere ampliarse para proteger a los recién concebidos.

## REFERENCIAS

- Ballesté, R. y Olave, R. (2015). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno". *Revista chilena de derecho*, 42 (3), 903-934. Chile. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile
- Basave, A. (1980). "Fundamento y esencia del Derecho Natural". Rodríguez, F. (comps.). *Estudios en honor del doctor Luis Recaséns Siches*. México: UNAM.
- Burgos, J. (2009). *Reconstruir la persona. Ensayos personalistas*. Madrid: Palabra.
- Cárdenas, H. (2007). "¿Embrión o persona humana? El caso de México". *Revista de bioética y derecho*, 1 (11), 3-10. Barcelona. Universitat de Barcelona
- Carli, S. (1999). "La infancia como construcción social". Carli, S. (comp.). *De la familia a la escuela. Infancia, socialización y subjetividad*. Buenos Aires: Santillana.
- Caso Artavia Murillo y otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica. Corte Interamericana de 28 de noviembre de 2012. Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- Cillero, M. (1998). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". García, E. y Beloff, M. (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño El interés superior del niño en el marco de la Convención (1990-1998)*. Colombia: Temis-Depalma.
- Cillero, M. (1998). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño". Beloff, M.; Cillero, M.; Cortés, J. y Couso, J. (comps.). *Justicia y derechos del Niño*. Chile: Nuevamérica.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica)*. Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos de 22 de noviembre de 1969. Organización de los Estados Americanos.

*Convención sobre los Derechos del Niño*. Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989. Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia.

*Convención sobre los derechos del Niño*. Observación N° 5 (2003) Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44).

Culleton, A. (2010). "Tres aportes al concepto de persona: Boecio (substancia), Ricardo de San Víctor (existencia) y Escoto (incomunicabilidad)". *Revista española de filosofía medieval*, (17), 59-72. Zaragoza, España.

Declaración de los Derechos del Niño. Resolución 1386 (XIV) de 20 de noviembre de 1959. Organización de las Naciones Unidas.

Delgado, B. (1998). *Historia de la infancia*. Barcelona: Ariel.

Díaz, A. (2006). "La concepción de la persona en Jacques Maritain". *Polis*, 15, 1-13. CISPO- Centro de Investigación Sociedad y Políticas Públicas, de la Universidad de Los Lagos Campus Santiago

Fanlo, I. (2004). *Derecho de los niños. Una contribución teórica*. México: SNE-Fontamara.

Fernández, D. (2011). "Protección jurídica del embrión humano". *Revista Etbio*, 1 (1): 43-58.

George, R. y Tollefsen, C. (2008). *Embryo: A defense of human life*. Estados Unidos: Doubleday. (English Edition). Recuperado de Kindle iOS version

Gómez de la Torre, M. (2003). *La fecundación In Vitro y la Filiación*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Guzmán, A. (1996). *Derecho Privado Romano. Tomo I*. Barcelona: Jurídica de Chile.

Kant, I. (1983). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Barcelona: Ariel.

- Kelsen, H. (2009). El método y los conceptos fundamentales de la teoría pura del derecho. España: Reus.
- López, N. (2004). "La realidad del embrión humano en los primeros quince días de vida". *Persona y Bioética*, 8 (21), 6-23. Argentina. Universidad de la Sabana
- López, N. (2010). "El cigoto de nuestra especie es cuerpo humano". *Persona y Bioética*, 14 (2), 120-140. Argentina. Universidad de la Sabana.
- Merlo, A. (1997). "El estatuto antropológico y ético del embrión humano". *Persona y Bioética*, 5 (14), 36-43. Argentina. Universidad de la Sabana
- Opinión Consultiva OC-17/ 2002. Corte Interamericana de Derechos Humanos de 28 de agosto de 2002. Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Ossorio, M. (2000). *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta.
- Polaino, A. (2009). "La estructura de la persona, según Edith Stein". *Metafísica y persona. filosofía, conocimiento y vida*, 1 (2), 55-84. Málaga y Puebla, Universidad de Málaga (UMA) y la Universidad Popular Autónoma del Estado de Puebla (UPAEP).
- Polo, E. (2007). "Origen y significado del principio *conceptus pro iam nato habetur* en Derecho Romano y su recepción en derecho histórico español y en el vigente código civil."(11), 719-7393. Coruña, España. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña
- Ravetllat, I. y Pinochet, R. (2015). "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño y su configuración en el Derecho civil chileno". *Revista chilena de derecho*, 42 (3), 903-934. Chile. Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile
- Riego, I. (2006). "Emmanuel Mounier y el personalismo". *Persona*, 1, 1-15. Córdoba, Argentina. Publicación del Instituto Emmanuel Mounier

- Sánchez, S. (2009). Dietrich von Hildebrand. *Philosophica: Enciclopedia filosófica*. Roma. Revista de la Pontificia Universidad de la Santa Croce. En línea, disponible en: <http://www.philosophica.info/voces/hildebrand/Hildebrand.html>
- Santillan, M. (2002). "El concepto de la persona según Engelhardt". *Escritura y pensamiento*, 5 (11), 114-121. Perú. Portal de las revistas de investigación de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos
- Schumacher, B. (2011). "La persona como auto-conciencia performante en el centro del debate bioético. Análisis crítico de la postura de John Locke". *Estudios*, IX (96), 7-59. México, Biblioteca.ITAM.mx
- Sgreccia, E. (1997). "La persona y el respeto de la vida humana". Sarmiento, Augusto. XVII Simposio Internacional de Teología de la Universidad de Navarra, 407-421. Navarra: Universidad de Navarra.
- Singer, P. (1997). *Repensar la vida y la muerte. El derrumbe de nuestra ética tradicional*. Barcelona: Paidós.
- Spaemann, R. (1997). "¿Son todos los hombres personas?" *Cuadernos de bioética*, 8 (31), 1029-1031. España, Asociación Española de Bioética y Ética Médica
- Tooley, M. (1983). *Aborto e infanticidio*. Nueva York: Oxford University Press.
- Zavala, O. (2010). "La noción general de persona. El origen, historia del concepto y la noción de persona en grupos indígenas de México". Monterrey, México. *Revista de Humanidades: Tecnológico de Monterrey*, 27 (28), 293-318.