

Capítulo III

El parto anónimo frente a los derechos fundamentales

Capítulo III

El parto anónimo frente a los derechos fundamentales

3.1 Dignidad humana como fundamento del Estado democrático de derecho.

La dignidad humana es única y connatural de los seres humanos, diferentes cuerpos normativos la establecen, ejemplo es el artículo 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual señala a la letra:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Se traduce en un concepto remitente al valor único, insustituible e intransferible que posee toda persona humana, sin distinción de raza, religión, sexo, edad, posición económica y social o cualquier otra característica que pudiera tomarse como excluyente para el ser humano. Kant señala a la dignidad como un valor fundamental, el cual no puede ser tratado como mercancía intercambiable, ni con ánimo de lucro. Los seres humanos tienen la facultad de dotarse a sí mismo de normas morales, por lo que denominado imperativo categórico propuesto por Kant especifica que actuemos de acuerdo con máximas que podamos querer como leyes universales, el imperativo categórico nos dice si nuestras razones para las acciones que decidamos emprender son buenas o malas, una de ellas consiste en respetar la dignidad humana. La autonomía es el fundamento de la dignidad humana y de toda naturaleza racional.¹⁹³

México ha dado a conocer criterios judiciales muy interesantes en relación a la dignidad humana, al respecto ha señalado que la misma se encuentra consagrada en el texto constitucional y en los tratados internacionales que México ha suscrito, por lo que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, como la base fundamental y condición para que se desarrollen los demás derechos.

¹⁹³ Kant, Emanuel, *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*, Barcelona, Ariel, 1999, p.94

Solo respetando la dignidad humana se podrá hablar de un verdadero respeto.¹⁹⁴ La dignidad como base de los derechos humanos y fundamento del Estado democrático permite establecer una protección y respeto a los derechos de la persona tanto por autoridades Estatales como por los particulares.

La función objetiva de los derechos humanos versa en tres principios:

1. La idea de los derechos como obligaciones de protección para la autoridad. Como obligación de protección involucra un mandato de autoridad para realizar lo mínimo indispensable para garantizar el disfrute del derecho, pero esas obligaciones además incluyen resultados y comportamiento de las autoridades,¹⁹⁵ por lo que se deben tomar acciones suficientes para garantizar tal protección. En ese orden de ideas el Estado debe hacer todo lo fáctico y regular constitucionalmente la protección del desarrollo de la familia. Hay que comprender que el desarrollo armónico de la familia resulta ser un derecho humano, esto es así porque en la familia se involucran distintos factores tanto sociales como culturales, además tómesese en cuenta que dentro del círculo familiar es el primer contacto que tiene el ser humano con otras personas, es en la familia donde el menor comienza a desarrollar su proyecto de vida, de esta manera el Estado debe cuidar el derecho a alentar un proyecto de vida para que se desarrolle en beneficio de la sociedad,¹⁹⁶ ello mediante el establecimiento de diversas políticas y leyes que garanticen una convivencia armónica entre sus habitantes, como es la sanción a diversas conductas fueran externas o de los mismos integrantes que componen el círculo familiar. Es en la familia donde cada uno de sus

¹⁹⁴ [T.A] P. LXV/2009 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009 p. 8

¹⁹⁵ Cfr. Observación General CRC-GC-16 Las obligaciones del Estado en relación con el impacto del sector empresarial en los derechos del niño, Párr. 25 Recuperado de <http://undocs.org/CRC/C/GC/16> consultado el 03/10/2017

¹⁹⁶ Cfr. Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala. Fondo. Sentencias de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63. Párr.191 Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf consultado 3/10/2017

miembros en especial los menores reciben afectividad, lo cual es una verdadera ayuda para su desarrollo, ya que le facilita el conocimiento y la comprensión de un sin número de realidades,¹⁹⁷ no debe resultar ajeno que la protección del desarrollo armónico de la familia sea un derecho humano, y que la autoridad se obligue a preservarlo no solo en el plano jurídico, también en el fáctico.

2. Los efectos de los derechos entre los particulares. Como efecto entre los particulares vincula de manera mediata la función de protección y obliga al Estado a realizar una aplicación e interpretación conforme. La formulación clásica de los derechos fundamentales como límites dirigidos únicamente frente al poder público, ha resultado insuficiente para dar respuesta a las violaciones a dichos derechos por parte de los actos de particulares, lo cual deviene en una innegable relación de desigualdad que se presenta en las sociedades contemporáneas, y que conforma posiciones de privilegio para una de las partes, con lo cual pueden conllevar la posible violación de derechos fundamentales en detrimento de la parte más débil.¹⁹⁸
3. Como garantías dentro del derecho privado. En el concepto de garantía dentro del ámbito privado implica una protección de las personas no solo frente actos del Estados también contra los actos de particulares como se ha establecido en líneas anteriores.

La persona debe ser definida como un ser con dignidad, es decir, con fines propios que debe realizar por su propia decisión¹⁹⁹. Por ello se puede comprender al respeto como una dimensión de la dignidad humana como la esencia pura de los derechos

¹⁹⁷ Duque, Hernando. *La vida en familia*. Colombia. 4ª reimpresión San Pablo, 2002, 35p

¹⁹⁸ [J] 1a./J. 15/2012 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XIII, Octubre de 2012, t. II p. 798.

¹⁹⁹ Recasens Siches, Luigi; *Tratado General de Filosofía del Derecho*, México, Porrúa, 1975, pp. 244-245

y deberes del hombre, pues resulta tener un carácter meta jurídico que el derecho le reconoce, no por ser un derecho sino como causa y efecto de todo derecho.²⁰⁰ Por mucho tiempo se dejó de lado el estudio de los derechos humanos y por consiguiente de la dignidad, no fue sino hasta el surgimiento de las tragedias sufridas con el holocausto, la segunda guerra mundial y algunos otros casos como la instauración de tribunales internacionales para Rwanda, y la Exyugoslavia, en la que existió un resurgimiento de los derechos humanos y con ellos de la dignidad humana²⁰¹. La comprensión de los derechos humanos y la innovación de la dignidad humana, han sido procesos paulatinos. Retomando lo que plantea Kant sobre la dignidad como imperativo práctico, vale señalar lo siguiente:

“Obra de tal modo que uses la humanidad tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre a la vez como fin, nunca meramente como medio.”²⁰²

Hay que señalar que el sustrato material de la dignidad humana puede ser comprendido desde cuatro postulados:

- 1) El sujeto moral, el cual reconoce a todos los sujetos como sus iguales, es decir sin que exista una preferencia que termine por convertirse en una discriminación, lo que denominaríamos como un piso parejo.
- 2) El respeto a la integridad psicofísica de la persona que es titular de los derechos y por tanto de la dignidad.
- 3) La persona se ha dotado de una libre autodeterminación, capaz de decidir conforme a cada situación que se le plantee.

²⁰⁰ Ibídem p.549

²⁰¹ Lefranc Weegan, Federico César, *Sobre la Dignidad Humana*, México, Ubijus, 2011, p.296

²⁰² Kant, Emmanuel, *Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres*, Barcelona, Ariel, 1999, p.

4) El ser humano como parte de un grupo social lo cual le garantiza el no ser marginado.²⁰³

De esta forma se reafirma que el ser humano resulta ser un fin y no un medio; y de acuerdo a la interpretación conforme y el principio *pro homine*, se permite a la justicia mexicana readaptarse a los parámetros internacionales en materia de derechos humanos. No debe perderse de vista que la nueva interpretación de la noción de derechos humanos básicos sienta las bases, como mínimo, para la tolerancia mutua, pero de ningún modo llega tan lejos como para sentar las bases de una mutua solidaridad.²⁰⁴ Este apartado es muy importante ya que lo que Bauman refiere es que se deja apreciar los derechos de la población de forma conjunta por atender solamente los de ciertos grupos conforme a sus necesidades, lo cual si bien en un primer momento es bueno en ocasiones tiende a generar una discriminación por resultado.

La discriminación por resultado o indirecta puede ocurrir cuando las normas y prácticas son aparentemente neutras, este tipo de discriminación constituye un impacto en personas o grupos en situaciones de desventaja histórica justo en razón de esa desventaja, sin que exista para ello una justificación objetiva y razonable.²⁰⁵ Pongamos como ejemplo básico los tratos discriminatorios que pueden sufrir algunos miembros de la comunidad LGBTI por parte de otros miembros de la sociedad, pero también reflexionemos sobre la discriminación no solo entorno al sexo femenino, sino al masculino. Pensaríamos que es más fácil vulnerar con una ley o un trato la dignidad de las mujeres o de los miembros de la comunidad LGBTI, no obstante los hombres también son sujetos de discriminación conforme a su sexo;

²⁰³ De Moraes, Bodin, María Celina, “El principio de la dignidad humana”. En: De Morales, María Celina Bodin (Coord.). *Principios del derecho civil contemporáneo*. Río de Janeiro Enero: Renovar, 2006, pp.17-18

²⁰⁴Bauman, Zygmunt, *La cultura en el mundo de la modernidad líquida*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, p.37

²⁰⁵ [T.A.] P. VII/2016 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 34, Septiembre de 2016, t. I, p. 255

el ejemplo claro lo hayamos en casos como el Amparo Directo en Revisión 1573/2011, del cual conoció la Suprema Corte y determinó que la persona ideal para la guarda y custodia de la menor era el padre y no la madre²⁰⁶, ya que se había recurrido a una categoría sospechosa al momento de dictar sentencia, pues el juzgador esta razonando conforme a los roles tradicionalmente atribuidos al hombre y la mujer en relación al género.

La dignidad de las personas resulta inviolable en el sentido de que no puede ser arrebatada desde fuera, sino que únicamente puede ser lesionada por otro en la medida en que no es respetada. La dignidad humana desde un punto de vista ontológico posee una significación esencial, la de construir el fundamento de los deberes y derechos básicos del hombre en el cual se resumen los diversos derechos que toda persona humana posee, no en virtud de razones por motivos particulares sino en su función real de ser humano.²⁰⁷

Conforme a la idea planteada en el párrafo anterior, otro ejemplo que resulta en una violación por resultado es el ocurrido en el tema de las masculinidades y las teorías que envuelven este tópico; debido a que los hombres, al igual que las mujeres y las personas transexuales e intersexuales, son poseedores de un cuerpo sexuado y preconcebido conforme a un discurso social. El feminismo creó al sujeto mujer para el reconocimiento de sus derechos humanos y su dignidad, lo mismo sucedió con los movimientos gay y lésbicos, las teorías *queer* y los diversos entes colectivos como pueblos indígenas, personas minusválidas entre otras, que han reclamado el reconocimiento de sus derechos humanos y el trato digno. No obstante, el problema de las masculinidades es que no hay movimientos de hombres que pidan cuestiones respecto a sus derechos, no obstante los hombres protestan respecto a cuestiones políticas históricas de identidades, es decir en los movimientos feministas o en los movimientos de los derechos civiles de las personas afro descendientes, etcétera. Pero ninguna se relaciona directamente con la subjetividad de ser hombre, es decir se considera que no debe haber una problematización social. Con el discurso del

²⁰⁶ Amparo directo en revisión 1573/2011 p. 22

²⁰⁷ Massini-Correas, *Filosofía del derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1994, p.119

feminismo se creó la identidad moral del hombre con características muy determinadas, y bajo circunstancias muy concretas, en contra de unos adversarios muy específicos y con una formulación muy determinada,²⁰⁸ como fenómeno variable, el género no designa a un ser sustantivo, sino un punto de unión relativo entre conjuntos de relaciones culturales e históricas específicas.²⁰⁹

Hoy podemos pensar que existen los hombres y diversas maneras de ser hombre, no romper con estos parámetros es volver concebir a los seres humanos a través de los cuerpos *performativos*, en los que el hombre debe cortejar, ceder el paso, trabajar más horas fungiendo como el proveedor. Los discursos *performativos* sobre los cuerpos se marcan en distintos contextos los encontramos en las situaciones que involucran las licencias de maternidad y paternidad,²¹⁰ las primeras son mucho más prolongadas, podría suponerse que debe su influencia al ámbito cultural respecto a que la mujer al ser madre debe ser abnegada, buena y entregada a sus hijos, de igual manera pareciera que el factor cultural establece la figura del como un ser frío, distante y proveedor.

Conforme a lo anterior podríamos preguntarnos ¿Por qué el padre no puede ser padre entregado a los hijos? ¿Por qué la figura debe ser del ausente? ¿Existe una violación a sus derechos humanos y su dignidad conforme al trato? Las respuestas son afirmativas y se debe a la construcción histórica de las actividades de los roles de género. Retomemos el ejemplo de los días de licencia de paternidad que tiene los hombres conforme a la normatividad mexicana: si la madre muere a dar a luz, el padre es quien ejercerá la crianza, patria potestad, guarda y custodia sobre el menor, la ley laboral en su artículo 132 XXVII Bis, le otorga al padre el permiso de

²⁰⁸ Menek, Christoph, y Pollmann Arnd. *Filosofía de los derechos humanos*. España, Herder. 2010, p.88

²⁰⁹ Butler Judith. *El género en disputa. El feminismo y la subversión de la identidad*. España, Paidós, 2008, p.61

²¹⁰ Ley Federal del Trabajo artículos 132 XXVII Bis y 170 fracción II y IV Cámara de Diputados, Honorable Congreso de la Unión, recuperado de http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/125_120615.pdf consultado el 01/10/2017

cinco días laborales con goce de sueldo como licencia de paternidad, la forma en que está redactado este artículo invoca la categoría sospechosa de un trato inequitativo y arraigado en la concepción machista respecto a que la labor de crianza es propia de las mujeres. La redacción del artículo señalado permite que el hombre siga siendo el proveedor, y además de que el padre del menor deba buscar a sus padres, suegros, hermanas o bien vuelva a contraer nuevas nupcias para que el menor posea la figura materna para su crianza, siendo todas estas personas las que se encargaran de cuidar al menor mientras él trabaja, por lo que seguirá siendo una figura ausente; en consecuencia la relación familiar será mucho más compleja ya que involucrará al padre soltero y los abuelos acogedores por mencionar el ejemplo. Este tipo de situaciones es una muestra de discriminación hacia la figura masculina, demostrando que no existe una igualdad de trato porque se beneficia entonces a la madre soltera y se hace a un lado al padre soltero.

Vale la pena preguntarnos si realmente se ha establecido un mínimo de tolerancia y si acaso ésta ha sentado las bases para la mutua solidaridad. Podríamos tener la certeza de que no es así, y como muestra de ello se concibe el parámetro de la inexistencia del tema de masculinidades algún tipo de protocolo de actuación, sino solo en el ámbito académico.

Todo lo anterior invita a pensar en si realmente existe un respeto a la dignidad humana en México, y si esta forma parte de su Estado democrático. El concepto de dignidad humana hace referencia al potencial de cada hombre de llevar una vida en autoestima,²¹¹ de esta forma la dignidad humana no puede identificarse con un derecho fundamental, sino que todo derecho fundamental presenta sentido en cuanto a su concepto de dignidad en la persona, así como al desarrollo de la personalidad, en sus tres dimensiones, 1) la individual, 2) la social y 3) en el orden político y de paz social; conforme a la primera afirmación se sujeta a la posición Kantiana respecto a que el ser humano es un fin y no un medio, lo cual además se apareja con la vida privada y la dignidad, es decir la forma en cómo se proyecta a

²¹¹ Menke, Op. cit., p.162

los demás y cómo se ve a sí mismo.²¹² En la segunda acepción el hombre es reconocido por la sociedad como un individuo, libre y capaz de formar su propio destino y no como un mero medio para otros hombres, ya que el concepto de dignidad humana se relaciona con el concepto de vida privada al establecer y desarrollar las relaciones con otros seres humanos²¹³. La última establece que la dignidad del ser humano conforma órdenes políticos y jurídicos donde se les respete como seres humanos autónomos; el sistema mexicano no es la excepción ya que en su artículo primero constitucional reconoce la dignidad de los seres humanos al prohibir cualquier tipo de discriminación con lo que se vuelve la base y condición fundamental para el desarrollo de los demás derechos.²¹⁴

Conforme a lo estipulado anteriormente se puede llegar a la conclusión de que la dignidad humana asienta la posición de la persona en el mundo tal y como lo señala *Von Ihering*; 1) existo para mí, 2) el mundo existe para mí, y 3) yo existo para el mundo. De esta manera la dignidad se deduce en un valor espiritual y moral inherente a la persona, que se manifiesta singularmente la autodeterminación consciente y responsable de su vida privada, la vida en familia, la comunicación, la sociedad, el Estado, las relaciones de los pueblos, la relación recíproca del destino de los pueblos, de los contemporáneos como de los que han desaparecido hace mucho tiempo.²¹⁵

El mal uso y el abuso han contaminado la idea de dignidad. Esta aparece con regularidad en las convenciones de derechos humanos y las constituciones políticas, aun de manera más indiscriminada, en los manifiestos políticos. Se utiliza

²¹² Cfr. Corte IDH. Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012. Serie C. no. 239. Párr. 162 recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf y Cfr. Pleno del tribunal constitucional de Madrid, Sentencia 53/1985, de 11 de abril de 1985, en Boe núm. 119. ECLI:ES:TC:1985:53 Recuperado de <http://hj.tribunalconstitucional.es/ca/Resolucion/Show/433> consultado el 01/10/2017

²¹³ Corte IDH. Caso Atala Rifo y Niñas Vs. Chile, Op. Cit, Párr. 163

²¹⁴ [T.A.] P. LXV/2009 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXX, Diciembre de 2009, p. 8

²¹⁵ Von Ihering Op. cit., p.68

casi sin pensar, sea para presentar un argumento o con el mero fin de añadir un matiz emotivo, así la dignidad aparece como un concepto interpretativo, cambiante por naturaleza y en constante evolución.²¹⁶ Como valor espiritual y moral la dignidad no puede separarse ni interpretarse de manera aislada de los otros derechos, sino que debe ser de manera conjunta, como ideales éticos fundamentales que cada uno requiere del otro. No basta con que un gobierno señale que ha creado o creará leyes que protejan la dignidad del ser humano, lo que deben hacer los gobiernos es establecer medidas efectivas que permitan a los seres humanos alcanzar su felicidad. La construcción de la idea de felicidad no debería partir de la cantidad de dinero que posee la persona en su cartera, el puesto que ocupa dentro de su empleo o el poder adquisitivo que tiene, sino del éxito que tengan al realizarse. Los gobiernos deben procurar la dignidad de las personas mediante un sistema que permita ser real y efectivo, de modo coherente que haga el reconocimiento y protección de la integridad del individuo en los contextos de la vida en los que se forma su identidad,²¹⁷ es decir en todas las opciones que posea realizarse como persona.

El parto anónimo permite que la persona se realice al respetar su dignidad conforme a la dimensión individual, y social, así como aquellas vinculadas a la visión de Von Ihering en sus tres aspectos, en los cuales el ser humano forma parte, ello porque la persona tienen la capacidad de tomar las decisiones propias y vivir de la manera que les parezca más adecuada. Algunas personas desean vivir una vida situada: de manera apropiada a sus circunstancias, esto es, a su historia, sus apegos, su lugar, su región y su entorno.²¹⁸ ¿Cómo se lacera su dignidad con un embarazo no deseado? Cuando las personas no desean una familia y deben criar al menor, repercute directamente en los planes a futuro que poseían, ello al obligarse a desempeñar el rol de padres ¿Cómo obligarse? ¿Acaso no tienen derecho a una

²¹⁶ Dworkin, *Justicia para erizos*, Op. Cit., pp. 254-255

²¹⁷ Habermas Jürgen. "La lucha por el reconocimiento en el Estado democrático de derecho" en Taylor Charles, en *Multiculturalismo y la Política de reconocimiento* Princeton, Princeton University Press, pp. 113-125

²¹⁸ Dworkin. *Justicia para erizos*, Op. cit., p.267

libertad de decisión? Estas dudas pueden surgir en nuestra mente, lo cierto es que la libertad de uno comienza cuando termina la del otro, podemos señalar que en muchas ocasiones las personas no desean realizar un aborto, ello por ser penado por las leyes o bien por no estar de acuerdo con su ideología, como se había señalado con anterioridad, pero de igual manera en otras ocasiones se resignan a entablar una vida familiar. Parecería repetitiva la idea, no obstante, debe comprenderse que la figura del parto anónimo surgió en Europa, y la gente de este continente es diferente en su cosmovisión a las personas de América latina, ello se debe a que los derechos civiles y políticos en estos países se encuentran cimentados, mientras que en América Latina continuamos en un cuidado constante. Lamentablemente muchas de las personas en México han crecido bajo un esquema que la sociedad ha autoimpuesto, hoy las nuevas generaciones pretenden romper dicho paradigma, por ello existen constantes conflictos en el ámbito de cómo debe conformarse una familia.

En ese sentido es posible establecer que los nuevos tipos de familia, así como la búsqueda de reconocimiento y respeto social, se enfrentan a los cánones que han imperado en una sociedad como la mexicana, donde lo nuevo es visto como algo peligroso y lo viejo es apreciado como bueno, no es sino hasta que lo nuevo resuena y se vuelve una realidad innegable cuando se vuelve a reconsiderar las posturas que se tenían respecto a determinados temas.

3.2 El parto anónimo y el respeto a la vida.

El reconocimiento y protección del derecho a la vida prima entre los derechos humanos, lo encontramos dentro de diversos textos internacionales como son la Declaración Universal de los Derechos Humanos²¹⁹, Convención Americana sobre Derechos Humanos²²⁰ y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,²²¹

²¹⁹ Artículo 3 Recuperado de Naciones Unidas <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

²²⁰ Convención Americana Sobre Derechos Humanos Op. cit., Artículo 4

²²¹ Artículo 6 Recuperado de Naciones Unidas oficina del Alto Comisionado <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx> consultado el 01/10/2017

en el texto constitucional lo encontramos inserto en una serie de directrices que el Estado se ve obligado a garantizar. La protección del derecho a la vida dentro del texto constitucional es producto de distintas reformas y la valorización de los derechos humanos, la protección a la vida no solo parte desde el aspecto en la prohibición a la intervención en la vida privada del ser humano, también por cuanto hace al poseer una vida digna.

En el mundo el 99% de la mortalidad materna se da en los países en vías de desarrollo, principalmente en zonas rurales y comunidades más pobres, por lo que cada día cerca de 830 mujeres mueren durante el embarazo y el parto o después del mismo, esto conforme a los datos otorgados por la Organización Mundial de la Salud.²²² Las principales complicaciones causantes del 75% de las muertes maternas son: hemorragias graves, infecciones, hipertensión gestacional, complicaciones en el parto y aborto peligrosos.²²³

Es suficiente con haberse mencionado en capítulos anteriores diversas doctrinas tales como la de la vitalidad y la viabilidad, es decir aquellas teorías que valoran la vida intrauterina y extrauterina. La concepción del ser humano en el vientre de la gestante sería el punto de partida para establecer ciertos derechos, la teoría de la vitalidad como se ha mencionado expone que el simple nacimiento con vida, determina en el ser humano el carácter de persona natural, y en consecuencia es sujeto de derechos, es necesario que el producto se encuentre nacido vivo; mientras la viabilidad exige además de los mencionados, el cumplimiento de otros requisitos, como aptitud para sobrevivir por un tiempo determinado, talla mínima, peso mínimo, forma humana, periodo mínimo de gestación.²²⁴ En ambas teorías se establece un parámetro de respeto a la vida del embrión y feto, es decir, se le respeta al ser

²²² Organización Mundial de la Salud. Mortalidad materna, nota descriptiva de septiembre 2016 <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs348/es/> consultado el 23/09/2017 consultado el 01/10/2017

²²³ Ídem

²²⁴ Alessandri Arturo, Somarriva Manuel, Vodanovic Antonio, *Tratado de Derecho civil partes preliminar y General*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 1998. t. I p. 362

humano como persona al igual que dentro de su vida intrauterina, resguardando en su calidad de nacimiento no solo este derecho sino todos los demás que posee por ser persona.

El ser humano no solo es un ser biológico, también es una persona que tiene una dignidad intrínseca y derechos innatos, por ello envilecer la vida es por añadidura un envilecimiento de todos los demás derechos;²²⁵ debido a su carácter de derecho germinador de todos los demás y en razón de su prioridad, el derecho a la vida debe tener una consideración superior o especial en el elenco de los derechos de la persona,²²⁶ es decir, el derecho a su propia existencia a decidir cómo pretende vivir y las metas que desea alcanzar.

El deber positivo que se les confiere a los Estados respecto de este derecho versa no solo en las medidas de protección también en la interpretación que se haga al respecto. Entre las medidas de tipo positivo que el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas presenta son la disminución de la mortalidad infantil y aumentar la esperanza de vida.²²⁷ La vida como cualquier derecho humano ha pasado por un proceso de reivindicación por el cual nosotros los seres humanos nos lo concedemos recíprocamente gracias a la creación de sistemas de derechos. Por ello cuando hablamos de derechos humanos bajo una perspectiva positivista debemos entenderlos como edictos de tolerancia, los opositores a esta postura señala que solo pueden hacerse valer a partir del incumplimiento de un deber el cual es exigible gracias a una instancia sancionadora, desde iusnaturalismo aristotélico se considera que la positivización del derecho resulta una exigencia del derecho natural;²²⁸ sin embargo, en ambos casos tiene un mismo objetivo el cual

²²⁵ Marcel Gabriela, *Les hommes contre l'humaine*, Paris, la colombe, 1951 p. 49

²²⁶ Fernández de Bujan Federico. *La vida principio rector del derecho*, Madrid, Dykinson, 1999, p.117

²²⁷ Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Observación General No. 6 artículo 6, 16º periodo de sesiones, 1982. Párr. 5 Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN6 consultado 12/10/2017

²²⁸ Massini- Correas y P. Serna, *et al*, *El derecho a la vida*, Barcelona, Universidad de Navarra, 1998, p.78

consiste en un respeto, la dimensión que exponen autores como Stephen Darwall señalan que el respeto se establece en el reconocimiento y la apreciación,²²⁹ con las situaciones que propician el aborto no se respetan las vidas de la madre y del feto; contrario sucede con el parto anónimo que prima por el mutuo respeto de los progenitores y del recién nacido permitiéndoles que realicen sus vidas por separado.

La vida es un bien jurídicamente tutelado, si se pretendiera incluir el parto anónimo dentro del orden jurídico mexicano, como una medida para luchar contra los infanticidios, abortos, y los abandonos desreglados de infantes, tendría dentro de sus ejes centrales el garantizar una calidad de vida para el no nacido, es decir, se busca desde el punto de vista de la doctrina de la vitalidad y la viabilidad protege el derecho de existir, así como el respeto a nacer, podría señalarse como una figura pro-vida, una medida de protección a los derechos de integridad y salud del concebido y de la madre. Debe de existir un compromiso por parte de la progenitora en no realizar ningún tipo de violencia contra el menor mientras se encuentra en el vientre, ello a fin de que el niño nazca sano y pueda ser dado en adopción.²³⁰ De esta manera es permisible señalar que el derecho a vivir implica el derecho a ser y si por tanto a existir, por lo cual la figura intenta evitar que la mujer cometa una situación en la que vulnere el derecho del concebido.

Autores como Verdugo y Noriega entienden como persona al ser humano desde la concepción o fecundación, entonces el derecho a la vida representa la facultada jurídica para exigir la conservación y la protección, propia del hombre,²³¹ por ello debe existir un compromiso por parte de la madre para garantizar la vida del menor

²²⁹ Darwall Stephen, "Two kinds of respect", en *Ethics*, vol. 88 núm 1 octubre de 1977, pp.36-39 Recuperado de <https://campuspress.yale.edu/stephendarwall/files/2015/10/Two-Kinds-of-Respect-10c586a.pdf> consultado el 07/10/2017

²³⁰ Herrera José Francisco. *El derecho a la vida y el aborto*. Colombia, 2ª ed., Colombia Centro editorial, Univerisidad del Rosario, 1999, p. 154

²³¹ Verdugo, Mario. *et al., Derecho Constitucional*. 2ª ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile. 2005, p. 199.

hasta el momento en que es puesto a disposición de las autoridades para ser dado en adopción.

¿Y qué sucede en una situación de embarazo irresponsable? Tratar de contralar a la progenitora para que no se produzca una situación de embarazo irresponsable resultaría de suyo complejo. La figura del parto anónimo contiene servicios relacionados al tratamiento de la salud mental perinatal, es decir, da tratamiento psiquiátrico a la madre para que no se sienta abrumada por el cuidado del hijo,²³² así en adición se facilite a todas las embarazadas que sufren por alguna circunstancia de algún trastorno mental durante el embarazo puedan acudir al tratamiento especializado, y en un último punto se permite dar tratamiento para que sea más fácil el desapego y no pretendan dañar al menor mientras se encuentra en el vientre. Con la figura del parto anónimo se realiza un pacto de buena voluntad entre la mujer y el Estado, pero no podría imponer ningún tipo de sanción porque se habla de un pacto de buena voluntad, no así en un contrato, porque sería tanto como señalar que, si la mujer durante algún momento del embarazo o bien momentos después del alumbramiento decide no realizar el abandono y conservar al menor, se le privaría de dicha decisión.

Santo Tomas de Aquino señala que la vida es el acto de ser viviente, el derecho a vivir implica el derecho a ser por tanto se tiene el derecho a existir.²³³ Estas palabras pueden causar cierta confusión para el lector, pero debe entenderse que cada ser humano es único e irrepetible, y las acciones que ejecute el día de hoy resonaran en el mañana. El hombre tiene el derecho a ser y a existir de acuerdo a su dignidad, resulta absurdo privilegiar aquellas operaciones quirúrgicas en que se prive de la vida del concebido, ya que es negarle el carácter de persona pues el proceso de gestación culmina con el parto, pero su carácter de persona prosigue en cada una

²³² Maldonado-Duran Martín. *Salud mental perinatal*. Washington, Organización Panamericana de la Salud, Organización Mundial de la Salud, 2011, p. 4

²³³ Herrera Op Cit., p.155

de sus diversas etapas de vida humana.²³⁴ De igual manera no se puede obligar a las personas a sentir amor por aquel ser que pudo ser producto de una relación pasajera o del encuentro de una sola noche, entonces el derecho a la existencia no solo le corresponde a la persona que se está gestando en el vientre, también a la madre o progenitores que quizá no han alcanzado su proyecto de vida o bien no está en sus planes formar una familia con hijos.

El parto anónimo compaginado con el derecho a la vida pretende que la mujer disponga libremente de su propio cuerpo sin provocar daño alguno a la vida del no nacido que depende directamente de la gestante, liberando de la obligación de criar a un menor que no desea y propiciándole al menor un hogar, por lo que ambos pueden realizar sus vidas. Conforme a lo anterior puede asaltarnos la siguiente duda ¿Acaso obligar a la mujer a mantener el embarazo no es una limitación a su derecho a la libertad? Primero debe entenderse que con la figura del parto anónimo no se le está coaccionando a la mujer para que se mantenga embarazada, es una figura ofrecida a la mujer como opción para abandonar al menor en una institución sanitaria adecuada sin que medie una sanción penal a su persona, no obstante es una figura optativa más no coercitiva, por ello es que se hace hincapié en el hecho de que se trata de un pacto de buena voluntad.

Se garantiza el derecho a la vida del no nacido y el respeto a su nacimiento, es decir, el derecho a ser y a existir como se planteaba en líneas superiores. En un segundo plano se garantiza el derecho a tener una existencia apropiada, poseer una vida digna ya que vivir en un hogar sin amor es como vivir en medio de una noche gélida en el desierto, por lo que no se puede vivir en un hogar en el que no se es deseado, o cuando teniendo un hijo biológico no se quiere ejercer la maternidad ni la paternidad.

²³⁴ Mazzinghi, J.A. *La Interrupción del Embarazo: El Aborto*. Tomado de la obra "La Persona Humana" de Guillermo Borda. Editorial La Ley S. A. Argentina, 2003 p. 73

Ser padre o madre no es una cualidad innata de los seres humanos; existe todavía cierta disposición por los discursos performativos para guiar la conducta conforme al género, al respecto se transcribe un razonamiento de Elisabeth Bandinter:

Si es indiscutible que un niño no puede sobrevivir y desarrollarse sin una atención y cuidados maternos, no es seguro que todas las madres se predestinen a ofrecerle ese amor de que necesitan. No parece existir ninguna armonía preestablecida ni la interacción necesaria entre las exigencias del niño y las respuestas de la madre. En este ámbito, cada mujer es un caso particular. Algunas saben comprender, otras menos, y otras todavía nada comprenden.²³⁵

La autora señala un doble argumento, establece que el menor no puede desarrollarse en los primeros meses de su vida sin las atenciones de un adulto como sería su madre, no obstante, tampoco se puede obligar a la persona a criar a un niño que no aprecia. Muchas personas en especial mujeres ya no conciben a la maternidad como un destino sino como una opción de vida, no respetar la decisión de la mujer de no criar al menor es crear categorías sospechosas y minar su proyecto de vida. Bajo esa perspectiva vale la pena observar que la relación del parto anónimo con el derecho y el respeto a la vida es amplia tanto para la progenitora como para el ser que va a nacer.

En ese sentido el derecho a la vida se compagina con el proyecto de vida y con la capacidad de elección de las personas, esa capacidad de decisión puede implicar que la persona no desee tener hijos, forzarle a criarlos conlleva una violación a su vida y a la del menor, al establecer una relación sin amor esperando que este nazca con el pasar del tiempo, si bien la esperanza es un consuelo para los seres humanos también se vuelve un mal al generar una expectativa que puede o no realizarse. Ciertamente que la vida es un derecho fundamental y de no ser respetado todos los demás derechos carecen de sentido,²³⁶ pero ello no implica que solamente se prohíba la privación de la vida, también que se garantice una existencia en

²³⁵ Badinter, Elisabeth. *Un amor conquistado o mito del amor materno*. Trad. Waltensir Dutra. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1985, p.18

²³⁶ Cfr. Corte IDH. Caso de los Niños de la calle. "Villagrán Morales y otros" vs Guatemala. Fondo. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C. No. 63 Párr. 144. Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_63_esp.pdf consultado el 08/10/2017

condiciones dignas.²³⁷ En ese sentido puede apreciarse que formas de violación a este derecho son: los infanticidios, la situación de los niños expósitos, las formas de violencia que sufren los menores, pero existe otro aspecto y es la coacción impuesta discretamente por el Estado sobre la persona para hacerse cargo del menor cuando esta persona no ha decidido tenerlo pero no obstante tampoco deseaba abortarlo. Obligar a la persona a tener que amar a otra resulta una situación muy compleja e incómoda, pues no siempre el amor nace del trato ni la sangre llama, la vida familiar no se limita a la vida en pareja, sino que puede extenderse a la procreación y a la crianza de niños y niñas según la decisión de los padres,²³⁸ no resulta menos cierto la existencia de muchos tipos de familia y de igual manera la decisión que toman las personas sobre tener o no hijos no les impide dejar de ser familias, este nuevo tipo de familias también denominadas *Dinks*²³⁹ (por sus siglas en inglés Double income No kids, es decir doble ingreso sin niños) si bien son por lo general son los jóvenes la clase alta de México, no implica que esta forma de pensamiento no se vaya a difuminar entre el sector medio, esta readaptación de familia comprende un nuevo estilo de vida y un respeto a la misma ya que les permite alcanzar su proyecto de vida.

La obligación de proteger a la familia contenida en el artículo 4º constitucional se relaciona con la garantía de no intromisión, ello no en el sentido que establece el artículo 16 constitucional, más bien respecto a que la intromisión debe comprenderse en el establecimiento de un modo de vida que deban llevar las personas para ser aceptado por la sociedad. En ese orden de ideas la protección a la familia entonces se da dentro de un estado democrático de derecho, en el que el respeto a la pluralidad es parte de su esencia, aceptar diversos modos de pensar y de actuar de las personas siempre y cuando no afecten a terceros. Debe entenderse

²³⁷ Ídem

²³⁸[J] 1a./J. 8/2017 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 38, Enero de 2017, t. I, p. 127

²³⁹El Economista <http://eleconomista.com.mx/finanzas-personales/2013/07/16/dinks-nueva-clase-parejas-mexicanas> consultado 18/10/2017

que la familia es una institución constitucionalmente protegida, siendo esta una realidad social, y por ende tal protección debe cubrir todas sus formas de manifestaciones en cuanto a la realidad existente alcanzando a dar cobertura a todas aquellas personas que decidan constituirse como uniones de hecho, matrimonios, familias monoparentales, abuelos acogedores y demás que hemos mencionado a lo largo de esta investigación, lo cual no debe excluir a ninguna forma que denote un vínculo similar.²⁴⁰

La protección a la familia dentro de los ordenamientos legales tiene la libertad configurativa, es decir, abre paso a las diferentes formas y medios de constitución de una familia; de esta forma el concepto que ha venido manejando de esta institución es dinámico y social, por lo que su protección debe comprender todo tipo de forma en que decida instituirse. La norma fundamental no protege solo a un tipo de familia busca la protección como estructura u organización familiar y su desarrollo incide en la protección de la niñez y el matrimonio, compréndase que esa incidencia involucra la forma en la que será criado el menor y la relación de las personas que han formado una comunidad de vida.

Queremos pensar que la moral se conecta con el propósito y las ambiciones humanas de una manera menos negativa: que no todo en ella es restricción y nada valor,²⁴¹ pero nos distanciamos del ámbito real de la sociedad y comenzamos a generalizar situaciones y establecerlas como adecuadas desde un apartado moral, mientras que las particularidades se relegan hasta que se vuelven una realidad inminente y terminan en convertirse en reivindicaciones de derechos, esto ha sucedido en con diversos grupos a lo largo de la historia como la población afro descendiente y la comunidad LGBTI. México en un futuro no muy lejano se volverá a enfrentar a esta situación; la deconstrucción de los modelos de familia son el claro ejemplo.

²⁴⁰ [T.A.] P. XXII/2011 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época t. XXXIV, Agosto de 2011; p. 878.

²⁴¹ Dworkin, *Justicia para erizos*, Op. Cit., p.241

¿El parto anónimo no es una subrogación del útero? Como algunas personas podrían llegar pensar, ello debido a que la figura de la subrogación del útero consiste en una práctica por medio de la cual se hace referencia a que la pareja que desea tener un hijo, acuerda con una mujer dispuesta a gestar y dar a luz a un bebé, generalmente se hace mediante una remuneración económica para la madre gestante, generalmente se hace este tipo de prácticas por medio de una fecundación *in vitro*, conservando los gametos de quienes fungirán como sus progenitores.²⁴² El parto anónimo no funciona de esa manera, ya que en esta figura no existe un contrato ni un acuerdo de por medio, para la entrega del menor; dentro del parto anónimo existe una declaración de buena voluntad de la progenitora para no criar a su hijo, no obstante sí la mujer decide retractarse de entregar al menor puede hacerlo, no existe una coacción por parte del Estado para entregarlo.

El concepto de familia puede diferir en algunos aspectos de un Estado a otro, y aún entre las distintas regiones de un mismo Estado de manera que no es posible dar una definición uniforme del concepto. Al respecto el Comité de Derechos Humanos ha señalado de manera literal:

Cuando existieran diversos conceptos de familia dentro de un Estado, "nuclear" y "extendida", debería precisarse la existencia de esos diversos conceptos de familia, con indicación del grado de protección de una y otra. En vista de la existencia de diversos tipos de familia, como las de parejas que no han contraído matrimonio y sus hijos y las familias monoparentales, los Estados Partes deberían también indicar en qué medida la legislación y las prácticas nacionales reconocen y protegen a esos tipos de familia y a sus miembros.²⁴³

Ergo se abre la puerta a la nueva conformación de las familias *Dinks* y a la figura del parto anónimo de manera que la última mencionada se vuelve una forma reconocimiento y protección a su estilo de vida, así como a la seguridad de cada uno de sus miembros. El artículo 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece que la persona tiene el derecho a fundar una familia, lo cual

²⁴² Stewart Gary. Preguntas básicas sobre la sexualidad y tecnología reproductiva, ¿Cuándo es correcto intervenir? Colombia, Editorial portavoz, 2000, p. 57

²⁴³ Cfr. Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas. Observación General núm. 19, 39º periodo de sesiones parr.2 Recuperado de <http://hrlibrary.umn.edu/hrcommittee/Sgencom19.html> consultado el 09/10/2017

implica en principio la posibilidad de procrear y de vivir juntos. Recordemos que la palabra posibilidad proviene del latín *possibilitas*, la cual es la aptitud o facultad para hacer o no hacer algo; de manera que la posibilidad no conlleva una obligación, más bien una opción como es el caso de procrear o criar al menor. El concepto de vida familiar abarca otros lazos familiares donde las partes tienen vida en común,²⁴⁴ pero sin constreñir la forma en que deba ser ni con quienes deban ser esos lazos, de ser así sería caer en un error; basta señalar que el amor es un sentimiento en el cual no se establece un criterio predeterminado, una persona puede amar a otra con quien no ha tenido un lazo previo, pero aún si existieran diversos lazos o vínculos fueran consanguíneos o emocionales la persona podría decidir no amar a aquella con quien comparte estos vínculos y no por ello debe ser mal vista. El que una persona se ame a sí misma permite extender su sentimiento a las demás personas que se involucran en su vida, de ser así puede respetar la vida y existencia de otros sin la necesidad de que estos formen parte integral de su existencia. El respeto a la vida no solo se basa en la protección de la misma sino en la libertad de elección que poseen las personas para decidir qué hacer con su existencia sin afectar a terceros, por ello el parto anónimo prevé esa libre elección y el derecho a la vida, pero sobre todo a la existencia.

3.3 El parto anónimo y el derecho a la libertad.

La libertad es considerada como un derecho humano de primera generación, un bien jurídicamente tutelado y del cual emergen diversas corrientes filosóficas tales como; la igualdad liberal y el utilitarismo, donde el mencionado derecho tiene la función de piedra angular; es la libertad la cual permitió a la consolidación de

²⁴⁴Cfr. Corte IDH. Condición jurídica y derechos humanos del niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17 párr.69-70 Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf consultado el 09/10/2017 y Corte IDH. Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile. Solicitud de Interpretación de la Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 21 de noviembre de 2012. Serie C No. 254. Párr. 142 Recuperado de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_254_esp.pdf consultado el 09/10/2017

tratados internacionales tales como el Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Para comprender mejor la libertad, debemos entenderla como una autodeterminación axiológica, esto significa que una persona se convierte por ese mismo hecho en el verdadero autor de su conducta, al ser quien la determina en función de los valores que previamente ha asimilado. Cuando no se provee a la persona de libertad o la misma se da de manera circunstancial ya no se puede decir que la persona sea el verdadero autor de su conducta,²⁴⁵ pues la misma se encuentra sometida al apego de ciertas reglas o intereses.

La libertad posee un doble sentido, uno positivo y el otro negativo, lo que en el idioma inglés se concreta en los vocablos *freedom* y *liberty*. En el aspecto positivo podríamos decir que esa libertad es el *freedom*, la cual permite a las personas su propia autogobernanza, es decir, poder actuar como lo desee sin el obstáculo de restricciones o amenazas impuestas por otras personas o el Estado. En el aspecto negativo en el término *liberty* de la lengua inglesa, se indican las elecciones personales que realizan las personas y que al momento de ejecutarse estas no afectan a terceros, de igual manera el mismo aspecto negativo de la libertad establece que la persona es libre en la medida en que no se le vedan sus alternativas de decidir y tomar acciones que le encaminen a consolidar su vida.²⁴⁶

Autores como Larroyo Francisco señalan (sic) que entre los valores individuales que posee el ser humano se encuentra la libertad,²⁴⁷ por ello puede considerarse que la libertad forma parte del sujeto moderno el cual se concibe como un ser que se auto determina, y que decide libremente sobre su vida de manera autónoma, buscando el desarrollo de su personalidad y en la constante búsqueda de su existencia; el ser humano tiene la capacidad de dominarse a sí mismo y a la naturaleza por medio de

²⁴⁵ Gutiérrez Saenz Raúl. *Historia de las doctrinas filosóficas*, México, 37ª ed, Porrúa, 2005, p.83

²⁴⁶ Dworkin, Justicia para erizos, Op., Cit. pp.445-446 y Alexy, Robert *Teoría de los derechos fundamentales*. 2ª ed. (trad.) Ernesto Garzón. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid. 2008, pp.222

²⁴⁷ Larroyo Francisco. *La lógica del a ciencias*, México, 2a ed. Porrúa, 1979, p.37

la razón.²⁴⁸ Esto nos lleva a establecer que el derecho a la libertad se vincula directamente con la capacidad que tiene el individuo de elegir de forma libre y autónoma su proyecto de vida; por el cual se establece un reconocimiento del Estado sobre la facultad natural de la persona humana para ser individualmente como quiere ser, sin coacción ni controles injustificados para que pueda alcanzar sus metas en la vida conforme a sus ideas, expectativas, gustos, valores etcétera, lo cual comprende la libertad de contraer matrimonio o no hacerlo; de procrear hijos y cuántos, o bien decidir no tenerlos, de manera que estos aspectos implican como la persona desea proyectarse y vivir su vida.²⁴⁹

Puede decirse que la libertad al involucrarse en el desarrollo de la persona y en su decisión de tener o no descendencia, o bien no querer criar a un vástago como es el tema que se estudia en la presente investigación; permite establecer que el pleno desarrollo de la personalidad se reconoce en la actuación propia de cada ser humano, en ese sentido se muestra armónica la autodeterminación con la libre proyección que la persona tiene de sí misma antes que la predeterminada por la naturaleza²⁵⁰, es decir para el objeto de investigación se prima la elección racional de ser padre o madre por sobre la biológica que involucra la capacidad reproductiva.

La libertad relacionada con el libre desarrollo y con el parto anónimo establece un reconocimiento a la dignidad de la persona humana, se respeta la esfera de la autodeterminación que posee cada hombre o mujer al momento de tomar decisiones tan fundamentales como sería la de tener descendencia o bien tener que hacerse responsable de ella sin sentir el mayor afecto. Por ello con el libre desarrollo

²⁴⁸ Luiz Edson Fanchi. "Derechos de la personalidad del código civil brasileño: elementos para Un análisis de índole constitucional de la transmisibilidad." (Trad.) Flávio; Castillo, Ricardo (Coord.). *Derecho civil - Derecho Patrimonial. Derecho existencial. Derecho patrimonial*. San Pablo: Método, 2006, p.26

²⁴⁹ [T.A.] P. LXVI/2009 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 7

²⁵⁰ Luño Pérez, Antonio Enrique. *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*. 9ª ed., Madrid, Tecnos 2005, p.324

el hombre debe tener el poder de tomar decisiones que marquen su vida pero sobretodo que esté de acuerdo con ellas²⁵¹ sin que interfieran terceros; esta interferencia puede ser no solo de personas sino de la ideología o cultura que predomine al momento de efectuar dicha decisión.

La libertad está vinculada con el libre desarrollo de la personalidad la cual pretende salvaguardar la esfera personal, por lo que existe una doble dimensión del desarrollo de la personalidad: la *externa*, la cual evoca el derecho de cobertura a una genérica "libertad de acción" permite realizar cualquier actividad que el individuo considere necesaria para el desarrollo de su personalidad. Mientras aquella denominada como *interna* protege una "esfera de privacidad del individuo," en contra de las incursiones externas que limitan la capacidad para tomar ciertas decisiones a través de las cuales se ejerce la autonomía personal.²⁵² Conforme a lo anterior podría decirse que el parto anónimo se vincula desde el punto de vista externo del desarrollo a la personalidad permitiéndole al o los progenitores que tomen la elección de optar por esta figura jurídica a fin de que desarrollen todas las metas personales y profesional que con un hijo no podrían o serían realizadas con mayor dificultad; mientras que desde el contexto interno permite que no exista una obligación legal, ideológica o cultural que le constriña a tener que hacerse cargo del menor si no es su deseo, además de abandonar la figura de paternidad, maternidad y familia nuclear como un destino que debe completar todo ser humano.

El derecho a la libertad entendido desde un sentido amplio crea un reconocimiento a todas las decisiones respecto de la vida privada de los seres humanos, así como el reconocimiento a los diversos tipos de familias aceptando la compasión plural y evolución de las mismas dentro de la sociedad. Además, hay que comprender que los conceptos de progenitores y padres mantiene relación pero son diferentes entre sí, ya que los progenitores pueden o no ser padres, ni todos los padres son

²⁵¹ Sarmiento, Daniel. *Derechos fundamentales y relaciones privadas*, 2ª ed, Rio de Janeiro, Lumen Juirs, 2008, p.43

²⁵² [T.A.] 1a. CCLXI/2016 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 36, Noviembre de 2016, t. II p.898

progenitores, ello atendiendo a que el progenitor implica el aspecto biológico del ser humano y el criar a los menores es lo que realmente forma las figuras de madre y padre.

El derecho a la libertad y el parto anónimo persiguen el mismo objetivo que es el bien común; por lo cual se analiza cada asunto de índole jurídica de manera conjunta, es decir, entre las personas a las que se pretenden beneficiarse con esta figura, se toma en cuenta los aspectos sociales, económicos, familiares, culturales y religiosos²⁵³ para poder determinar la mejor solución. No obstante, un gran reto que enfrenta esta nueva figura del parto anónimo en una sociedad como la mexicana es la insuficiencia en la educación sexual, la carencia de políticas públicas respecto a la adecuada planeación familiar para evitar de esta manera los embarazos no deseados.

Tómese en cuenta la libertad de la gestante de no ser madre y de la cual surgen dos hipótesis: La primera, el aborto en el que tendría que observarse si se trata de un aborto calificado como legal y se entraría en el conflicto de la relativización de la vida del concebido, pero no nacido. La segunda, aquella en que no se desea abortar al bebe pero tampoco conservarlo, siendo más complicada ya que en México existe la regulación jurídica del delito de abandono, este ilícito tratándose de menores se expresa en aquellas situaciones donde las necesidades físicas (alimento, educación, vestido, higiene, protección y vigilancia de situaciones peligrosas) y cognitivas básicas del menor no son atendidas temporal o permanentemente por uno o varios miembros del grupo con los que convive el niño, el delito castiga precisamente la negligencia de los padres cuando las necesidades básicas del menor no son satisfechas.²⁵⁴ El abandono tiene una vertiente emocional como es la falta de respuesta a señales persistentes, como las expresiones emocionales y la falta de iniciativa de interacción y contacto por parte de la figura adulta estable,

²⁵³ Pérez Fernández del Castillo, Bernardo. *Deontología Jurídica*, 9ª ed., México, Porrúa, 2003, pp.134-135

²⁵⁴ Dubowitz Howard, Black, Murren, Starr Raymond, Zurivan Susan. A conceptual definition of child neglect "Criminal Justice and Behavior" Volume: 20 Issue 1, 1993, p.12

ejemplo de ello se aprecia en las conductas de desapego, la interacción solitaria y la ausencia total de expresión de afecto, siendo estas enunciativas más no limitativas.²⁵⁵ El delito de abandono se configura dentro de aquellos clasificados como de peligro por lo que basta con que se den los elementos objetivos y normativos que configuran la hipótesis, como son que el agente activo abandone sus obligaciones de asistencia, careciendo de un motivo justificado y que los acreedores queden sin recursos para atender sus necesidades de subsistencia,²⁵⁶ de tal forma que se consagra como un delito de tracto continuo.²⁵⁷

Si bien existe la tipificación del delito de abandono, no es menos cierto que aún se ve con malos ojos el desprendimiento de la mujer de su voluntad de ser madre; este último punto es bastante interesante porque usualmente concebimos a figura de la madre como la mujer abnegada y entregada a las labores del hogar, mismas que comprenden la atención a su marido y sus hijos, concibiendo desde el punto de vista cultural mexicano a la maternidad como una bendición ¿pero cuál es la otra cara de la moneda? El ejercicio de la maternidad puede representar la destrucción de la vida para una mujer ya que se puede volver una tortura si no se deseaba ser madre, por lo que se le restringe el derecho de la mujer a alcanzar sus metas y su libertad simplemente por cumplir un canon social y cultural que se apremiado en una sociedad como la mexicana.

Recordemos las palabras que John Stuart Mill que versan de la siguiente manera:

El valor de un Estado, a la larga, es el valor de los individuos que le componen; y un Estado que propone los intereses de la expansión y elevación mental de sus individuos, a un poco más de perfección administrativa o la apariencia de ella da la práctica en los detalles de los asuntos; un Estado que empequeñece a sus hombres, a fin de que puedan ser para fines beneficios, hallará que con hombres pequeños ninguna cosa grande puede ser realizada y que la perfección del mecanismo, a la cual todo lo ha sacrificado, terminará por no servirle

²⁵⁵ Arruabarrena María Ignacia, De Paúl, Joaquín. *Maltrato a los niños en la familia evaluación y tratamiento*. Madrid, Pirámide, 2004, pp. 29-31

²⁵⁶ [J] 1a./J. 51/2001 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t.XIV, Septiembre de 2001 p. 13.

²⁵⁷ González de la Vega Francisco. *Derecho Penal Mexicano*, 25a ed., México. Porrúa, 1992, p.43 y Hernández Romo Pablo. *Los delitos contra la familia*. México, Miguel Ángel Porrúa, 2005, p.99

para nada por falta de poder vital que, en aras de un más fácil funcionamiento de la máquina, ha preferido proscribir.²⁵⁸

Continuar privilegiando la maternidad y la paternidad como destino de vida conlleva a un detrimento de la libertad del ser humano, y por ende el Estado tendría que admitir que no existe un piso raso para todos, al establecer políticas públicas de igualdad de género y no de equidad de género, téngase entendido que igualdad es dar a las personas las mismas cosas, mientras la equidad implica dar conforme a la situación que se presenta. La libertad busca la coordinación basándose en los valores humanos, al igual que en la normatividad jurídica a fin de encontrar la respuesta correcta, así como, en la fuerza creadora de las nuevas formas de acción política, en las distintas formas de la cultura humana en que la vida se expresa.²⁵⁹

3.4 El derecho a la identidad y el parto anónimo.

A partir de la década de los ochenta del siglo veinte, el derecho a la identidad ha tomado una especial relevancia dentro del derecho internacional de los derechos humanos, en especial debido a situaciones ocurridas en Argentina durante las dictaduras militares, y el movimiento de las “Abuelas de Mayo” con el cual pretendían recuperar a sus nietos secuestrados por los militares, ello sin lugar a dudas conllevó una lucha y un reclamo al Estado tanto de las abuelas, como de los nietos por conocer sus orígenes biológicos y genéticos, es decir, reclamaban la configuración de su identidad.

Debe comprenderse que la identidad posee una doble visión, por un lado, se encuentra la visión estática y la visión dinámica; la primera refiere a la identidad física, biológica o registral del sujeto, es decir, incluye las características de nombre, pseudónimo, el sexo, las huellas digitales, la filiación, nacionalidad, el lugar y fecha de nacimiento, así como cualquier otro dato que lo vuelva identificable. Por otra parte el aspecto dinámico de la identidad, hace frente al denominado proyecto de vida, por lo que genera una proyección social, de suerte que el mismo evoluciona y

²⁵⁸ Stuart Mill Op. Cit., p.170

²⁵⁹ Martínez Pineda Ángel. *Libertad y derecho*, México, Porrúa. 2002, p.238

cambia con el transcurso de la vida.²⁶⁰ Por lo que es un derecho personal caracterizado por ser multiforme, el cual se readapta a diversas situaciones, una de las primeras formas de protección es mediante un documento de identidad, para acreditar la existencia de su legalidad, a fin de que puedan acceder a derechos civiles, políticos, económicos y sociales, de suerte que suele ser poliédrico.

El reconocimiento biológico de los orígenes del menor es un tema muy importante se relaciona directamente con el interés superior de la niñez, ello trasciende de manera directa en el individuo dentro de su esfera jurídica y psicológica. La identidad de las personas se relaciona con su imagen propia, la cual se determina por el conocimiento de los orígenes biológicos, se vuelven el punto de partida para la construcción de la identidad, además involucra la trascendencia del ser humano.²⁶¹ La imposibilidad de acceder a esa información genera un sufrimiento moral, y dificulta la formación de la identidad. La identidad, parte de las circunstancias del nacimiento, pero, se consolida con las decisiones personales que vamos tomando a lo largo de la vida, entre ellas se encuentra el conocimiento de los orígenes biológicos, por ello la identidad es algo que no resulta inmutable, pues siempre se está readaptando y consolidando a las transformaciones.

Los hijos biológicos, jamás pierden por completo el nexo que les permita conocer su verdadera filiación, el parto anónimo es un acto voluntario por el cual madre expreso el deseo de no ejercer la maternidad, así como todos los derechos y deberes que dicha figura conllevaba. El anonimato de la madre, no debe verse sometido a ningún tipo de limitación, ni siquiera temporal, se debe esperar hasta que el hijo solicite conocer la información, con ello pudiera revocarse la declaración

²⁶⁰ Fernández Sessarego, Carlos. “El daño al proyecto de vida» en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. *Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú* (PUCP). Lima: Fondo Editorial de la PUCP, número 56, 2003, pp. 659-700.

Fernández Sessarego, Carlos, *El Derecho a la Identidad Personal*, Buenos Aires: Editorial Astrea, 1992, p.66

²⁶¹ [T.A.] 1a. XLVI/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época Libro VI, Marzo de 2012, t.I p. 273

de voluntad respecto a su permanencia en el anonimato. En el caso *Godelli vs Italia*²⁶² se estableció una violación al artículo octavo del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos, contrario a lo sucedido con el caso *Odièvre*, pues a diferencia de este último, la legislación italiana no alcanzó un equilibrio entre los derechos e intereses en el caso, pues no había un equilibrio para que el demandante conociera sus orígenes, si la madre ha decidido permanecer en el anonimato, la legislación italiana no ofrece al menor ninguna posibilidad para que pueda conocer sus orígenes, por lo que no existe una reversión al anonimato.

El derecho a la identidad se encuentra consagrado en distintos instrumentos universales y regionales, en los que reconoce el derecho de toda persona a ser registrado oficialmente al nacer. Desde el ámbito europeo concretamente con la figura del parto anónimo la jurisprudencia ha señalado el reconocimiento a no ser objeto de injerencias arbitrarias en la vida privada y familiar, lo cual se relaciona con la opción que poseen los Estados al proveer dicha información que pudiera ser considerada como una injerencia en la vida privada del solicitante; de manera que el derecho a la vida privada y la identidad se encuentran en una balanza.

¿Qué sucede con el parto anónimo, acaso no hay inscripción del menor? ¿Existe una vulneración a su derecho de identidad? Para responder estas dos preguntas, primero debe hacerse mención que una persona en especial un menor al no estar identificado o inscrito, en un documento de identidad nacional no solo vulnera el derecho a la identidad, además genera las condiciones propicias para la creación de diversos problemas tales como; tráfico y trata de menores, explotación infantil con fines sexuales comerciales, además de tener dificultada en el acceso y permanencia en el sistema educativo, de salud y en los programas sociales. En el parto anónimo tal y como lo establece la legislación francesa quedan asentados los datos del menor, es decir existe una inscripción, por lo que no se le priva de un derecho a la identidad, la información que se resguarda son los datos de la madre, por lo cual datos de salud, nacionalidad y nombre del menor, que permiten hacerlo

²⁶² Caso *Godelli vs Italia* Sentencia de 25 de septiembre de 2012 TEDH 2012/84

identificable quedan asentados, de suerte que no se vulnera el registro de nacimiento, otorgándole al menor un registro legal de su existencia.

Una cuestión a tomar en cuenta, es cuando se realice la adopción del menor, existe un interés por parte de terceras personas para conocer los orígenes del menor, es decir, de los padres adoptivos, lo cual puede entrar en un conflicto directo a su vez con el resguardo de identidad de la madre. Debe destacarse que el conocimiento de los orígenes biológicos se liga a las consecuencias legales que dicha información puede generar, como son las obligaciones de dar alimentos, derechos sucesorios, el ejercicio de guarda y custodia entre otras.

La jurisprudencia interamericana destaca la existencia de un deber estatal de buscar a los familiares biológicos del niño en ausencia de los progenitores,²⁶³ en igual sentido se ha establecido el derecho del niño a crecer con su familia de origen, se establece como uno de los estándares normativos más relevantes primado para su desarrollo, la familia biológica brinda protección además de estar compuesta por los seres más cercanos al menor, todo niño tiene derecho a su familia biológica.²⁶⁴ ¿Detengámonos a pensar qué sucede si la convivencia pudiera no resultar benéfica para el menor? Técnicamente el interés superior del menor se concibe como un concepto jurídico indeterminado jurisprudencialmente se ha dado a conocer la existencia de tres zonas de certeza; la primera zona de certeza positiva, que contiene el presupuesto necesario o la condición inicial mínima, la segunda zona de certeza negativa, a partir de la cual nos encontramos fuera del concepto indeterminado, mientras que la tercera y última la denominada zona intermedia, es más amplia por su ambigüedad e incertidumbre, donde cabe tomar varias decisiones. Es en la zona número tres o de certeza intermedia donde es preciso determinar diversos factores que la envuelven, como sería la puesta en peligro inminente al ser explotado por sus progenitores o el no ser amado; de esta forma

²⁶³ Cfr. Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012. Serie C. No. 242, párr. 119 Recuperado de http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf consultado el 15/09/2017

²⁶⁴ Ídem

la zona intermedia resulta la más compleja pues el interés del menor no es siempre el mismo, pues éste varía en función de las circunstancias personales y familiares.²⁶⁵

La jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de registro 2006593 de rubro “INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. SU CONFIGURACIÓN COMO CONCEPTO JURÍDICO INDETERMINADO Y CRITERIOS PARA SU APLICACIÓN A CASOS CONCRETOS.” Es un criterio en el cual exponen el interés superior del menor como un concepto indeterminado y da a conocer las tres zonas de certeza que se deben apreciar, de la jurisprudencia señalada con anterior es preciso retomar la siguiente porción:

[..] Es posible señalar como criterios relevantes para la determinación en concreto del interés del menor en todos aquellos casos en que esté de por medio la situación familiar de un menor, los siguientes: a) se deben satisfacer, por el medio más idóneo, las necesidades materiales básicas o vitales del menor, y las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; b) se deberá atender a los deseos, sentimientos y opiniones del menor, siempre que sean compatibles con lo anterior e interpretados de acuerdo con su personal madurez o discernimiento; y c) se debe mantener, si es posible, el statu quo material y espiritual del menor y atender a la incidencia que toda alteración del mismo pueda tener en su personalidad y para su futuro.²⁶⁶

El conocimiento de los orígenes biológicos del menor abre la puerta para la conformación de un resultado idóneo y para satisfacer las necesidades del menor tanto materiales básicas o vitales, las de tipo espiritual, afectivas y educacionales; esto permitiría pensar que el hecho de conocer el menor quiénes son sus padres biológicos es suficiente para que estos le den su aceptación y el amor, situación que no resulta del todo correcta. A manera de ejemplo, un niño ha sido dado en adopción y criado por una familia, pero el menor decide conocer sus orígenes, la información brindada por las autoridades permite descubrir quiénes son sus progenitores sanguíneos; creeríamos que el niño además de convivir con sus padres adoptivos

²⁶⁵ [J] CCXIV/2009 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Tomo XXX, Diciembre de 2009, p. 277

²⁶⁶ [J] 1a./J. 44/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época; Libro 7, Junio de 2014; t. I, p. 270.

ahora podría convivir con los biológicos también, no obstante asumiríamos una premisa que pudiera no ser verdadera, que el menor conozca a sus progenitores conlleva hasta cierto punto que exista una situación de obligaciones *inter partes*, pero no implica la existencia de una relación afectiva entre los mismos.

¿Qué obligaciones nacen? ¿Puede reclamarles los alimentos a sus progenitores sanguíneos? ¿En el futuro adquirirá una doble obligación de proporcionar alimentos, es decir dar alimentos a sus padres biológicos y a los adoptivos? Tratándose de las dos primeras preguntas podríamos decir que existe una obligación de proporcionar alimentos en los casos en que se reclame el reconocimiento de la paternidad de un menor, la prueba en materia pericial genética se vuelve un elemento indispensable para la demostración de la paternidad biológica y con ello de la filiación,²⁶⁷ no obstante con la figura del parto anónimo dicha probanza no sería necesaria, ya que el menor sabría por la información resguardada quienes son sus progenitores.

El conocimiento de la identidad de su progenitor derivar del supremo derecho del menor a obtener, entre otros, su identidad, y filiación, alimentos, casa, educación, vestido, atención médica, etcétera,²⁶⁸ además uno de los derechos humanos que poseen los menores consiste en buscar a sus familiares biológicos, permitiéndole crecer con su familia de origen para su desarrollo.²⁶⁹ Las hipótesis y situaciones planteadas con anterioridad surgen de aquellos casos en que los padres mantuvieron algún tipo de relación sentimental o sexual y como producto de esta se concibió al menor. Las maternidades suponen dos momentos; el primero que vincula a la mujer con el gameto, cuando ha sido fecundado, el proceso de gestación; el segundo cuando se da el parto.

Para que exista la relación jurídica es necesario establecer el reconocimiento de la mujer al menor como suyo. Los anteriores comentarios se relacionan con la

²⁶⁷ [T.A.] II.2o.C.99 C *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. VIII, Julio de 1998 p. 381

²⁶⁸ [T.A.] II.2o.C.501 C *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época*, t. XXII, Noviembre de 2005 p. 911

²⁶⁹ Cfr. Corte IDH. Caso Forneron e hija Vs Argentina. Op. cit., párr. 119

pregunta ¿En el futuro adquirirá una doble obligación de proporcionar alimentos, es decir dar alimentos a sus padres biológicos y a los adoptivos? Las adopciones son un acto jurídico creado entre el adoptado y adoptante generan un vínculo de parentesco civil del que se derivan relaciones análogas a las de paternidad y filiación legítima;²⁷⁰ sin embargo, dentro de la figura del parto anónimo no existe una obligación de proporcionar alimentos, ya que no existe una obligación que nazca de la reciprocidad familiar entre los parientes biológicos, por lo tanto se vuelven desconocidos que comparten un vínculo genético, pero no así una historia ni una relación que consolide la creación de derechos y obligaciones; a manera de comparación sucedería lo mismo que en las situaciones en las cuales se dona el espermatozoide o el óvulo, estas personas que han donado el material genético no implica que sean los padres del concebido.

Lo anterior se relaciona con el parto anónimo, si bien existe una noción de lo determinado como el ámbito privado frente a lo que constituye la vida pública, el ámbito reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, lo que se desea compartir únicamente con aquellos que uno elige; las actividades de las personas en la esfera particular, relacionadas con el hogar y la familia. Ese respeto a la privacidad se basa también en las garantías respecto de los registros personales y corporales, las relacionadas con la recopilación y registro de información personal en bancos de datos y otros dispositivos²⁷¹. Por ello el registro y la seguridad de la identidad de la madre como su nombre y otra información sensible e identificable juegan un papel tan importante, ya que la protección de la vida privada consiste en un resguardo de la identidad al igual que el derecho de poder tomar libremente ciertas decisiones atinentes al propio plan de vida.

3.5 Colisión de derechos

En este apartado de la investigación podremos observar cómo entrara en colisión los derechos que tienen que ver con el resguardo de la identidad de la madre y el

²⁷⁰ De Pina Rafael, Op, cit, p.61

²⁷¹ [J] 1a./J. 44/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro 7, Junio de 2014, t. I p. 270

conocimiento de los orígenes biológicos del menor. Es preciso aclarar que dentro de la figura del parto anónimo cuando el menor solicita saber sobre el conocimiento de orígenes biológicos no genera para los progenitores en el futuro una obligación ni derechos sobre el menor. Hay que mencionar además que el conocimiento de los orígenes biológicos es fundamental para que los menores puedan conformar su personalidad.

¿Existe una colisión directa entre los derechos del conocimiento de la identidad y la reserva de la misma? ¿Qué pasa cuando son menores de edad y desean consolidar su personalidad? ¿Qué pasa cuando no lo son y desean conocer sus datos? ¿Qué sucede cuando del progenitor biológico da una negativa como respuesta? Partamos de algunos puntos.

1. La personalidad y la identidad del ser humano se encuentra en constante construcción, por lo cual no son propias de una sola etapa de la vida.
2. El derecho del menor a conocer quiénes son sus progenitores, frente al derecho que poseen los progenitores sobre el resguardo de su identidad.
3. La autorrealización y conformación de la identidad, frente al proyecto de vida los progenitores.
4. Existen obligaciones reciprocas de los progenitores que han optado por la práctica del parto anónimo y quienes desean conocer sus orígenes biológicos.

De igual manera conforme a la primera y segunda premisas, el derecho humano del menor a conocer sus orígenes biológicos, implica una autorrealización y conformación de su personalidad.²⁷² La identidad personal se construye durante la vida comprende múltiples factores psíquicos y sociales, la construcción de su propia imagen, se determina en buena medida por el conocimiento de sus orígenes biológicos, trascienden tanto desde el punto de vista psicológico como jurídico. El conocimiento de las circunstancias relacionadas con el propio origen y la identidad

²⁷²Canova, Jeferson Luciano, *En nome dos Pais: a multiparentalidade nas famílias recompostas como efeito da parentalidade socioafetiv*, Brasil, Universidade Estacio da sario de janeiro-RJ, 2011, pp.50-55

de los padres biológicos contribuye al desarrollo adecuado de su personalidad desde su aspecto psicológico, mientras que en el ámbito jurídico el conocimiento del propio origen se liga a las consecuencias de *iure* que dicha información genera.²⁷³ La identidad de cada persona permite la plenitud personal, y el desarrollo de las relaciones con los semejantes y con el mundo exterior, deriva del derecho a conocer su ascendencia una interpretación bastante amplia del derecho a la vida privada.²⁷⁴

El tema por lo controversial que resulta desatará posiciones encontradas, podrían generar argumentos en contra tales como: “El anonimato protege el secreto y la mentira, siendo contrario a los derechos del niño y del adolescente, así como al derecho de conocer sus orígenes y desarrollar su personalidad.” “Se pretende librar de responsabilidades y destruir familias.” Del mismo modo se pueden generar posturas a favor: “El derecho a la intimidad debe ser respetado en todo momento para que la persona pueda desarrollar su proyecto de vida.” “Ninguna mujer tiene que ser forzada a ser madre.” Ambos argumentos son válidos, pero sería mucho más conveniente analizar posturas más profundas.

Se debe comprender que los datos personales son cualquier información concerniente a una persona física identificada o identificable, considerándose que una persona resulta identificable cuando su identidad puede ser determinada directa o indirectamente por medio de cualquier información.²⁷⁵ Algunos datos personales pueden clasificarse como sensibles, estos son aquellos vinculados con la esfera más íntima de su titular, y cuyo uso indebido puede generar discriminación directa

²⁷³ [T.A.] 10a Época 1a. XLV/2012, S.J.F y su Gaceta Libro VI, Marzo de 2012, Tomo 1, pág. 273. De registro 2000340

²⁷⁴ González Pérez de Castro Maricela, Op., cit, pp.2013 235 y Bernardo Donapetry Camacho. “El secreto en la adopción y el anonimato de los padres naturales del adoptado y de los adoptantes”, *La ley: Revista Jurídica Española de Doctrina, Jurisprudencia y Bibliografía*, n.º 4, 1990, p. 997;

²⁷⁵ Artículo 3 fracción IX de la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, Diario Oficial de la Federación, recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5469949&fecha=26/01/2017 consultado el 08/10/2017

o por medio de alguna categoría sospechosa. Se considera información de este tipo el origen racial o étnico, estado de salud presente o futuro, información genética, creencias religiosas, filosóficas y morales, opiniones políticas y preferencia sexual.²⁷⁶ El derecho a la información se consagra en el artículo 6º constitucional en el cual se establecen los principios, directrices y reglas básicas sobre los que se construyen los sistemas de protección de datos personales, transparencia y acceso a la información pública.

En el artículo 16 constitucional se contemplan los derechos de acceso, rectificación, cancelación, y oposición de datos personales como medidas de protección, es decir, los conocidos derechos ARCO, otros artículos como el artículo 20 apartado C fracción V señala el resguardo de la identidad de la víctima bajo ciertos supuestos como son el ser menor de edad o haber sido víctima de una violación; también en el artículo 79 respecto de la fiscalización de los recursos públicos ejercidos por personas privadas entre otros.²⁷⁷ Estos derechos entran en coalición cuando se establece el derecho a la información como una necesidad social, mientras el derecho a la protección de datos es un interés individual y específico, estrechamente vinculado al concepto de vida privada, que parte del principio del respeto a la dignidad personal, el honor, la imagen y reputación que se le debe garantizar al individuo.

El parto anónimo ha establecido la posibilidad de resguardar la información sobre la o los progenitores, no obstante, si el menor decide conocer sus orígenes se le debe dar la facilidad de acceder a dicha información, ello para no afectar su desarrollo personal, a pesar que la o los progenitores decidieran permanecer en el anonimato; ello ya atiende a la conformación de la identidad y del desarrollo armónico de la personalidad, el código de acción social y de familia en su artículo L147-2 expresa que las personas pueden conocer su identidad, bajo ciertos parámetros y clausulas,

²⁷⁶ *Ibíd*em fracción X

²⁷⁷ [T.A.] I.2o.A.E.1 CS *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro 39, Febrero de 2017, t.III p. 2364

pero el artículo L147-6 expone algunas consideraciones a tomarse en cuenta tales como:

- 1) La disposición expresa de parte de la madre para que se conozca la identidad.
- 2) Si no existe una manifestación expresa de la voluntad de conservar en secreto su identidad, después de haber verificado dicha voluntad.
- 3) Si uno de los miembros familiares o una persona por su mandato ha obtenido consentimiento expreso para el acceso a su vida privada.
- 4) Si ha fallecido y no ha expresado voluntad en contrario para el acceso al conocimiento de sus orígenes. En ese caso, uno de los miembros del consejo o persona nombrada por él advierte a la familia de la madre biológica sobre dicha situación.
- 5) Si la madre biológica ha dado consentimiento expreso para que se levante el secreto de su identidad, o bien fallecida esta última, si no ha existido manifestación en contrario, el consejo le debe permitir acceder a su identidad y orígenes al menor.
- 6) El consejo comunica a las personas mencionadas en el 1 ° del Artículo L. 147-2, luego de asegurarse de que mantienen su solicitud, la identidad del padre de nacimiento: si ya tiene una declaración expresa del levantamiento del secreto de su identidad

Aparentemente podríamos señalar que no existe conflicto, al ser la ley muy clara, pero ¿qué sucede cuando no existe una declaración de la voluntad para levantar el secreto de su identidad? Muchas ocasiones las personas argumentan querer conocerlo, afirmando que de no hacerlo existiría una violación a su derecho de identidad y por tanto no habría una realización personal de su proyecto de vida. Lo anterior se vio reflejado en el caso Odièvre vs Francia, mencionado en páginas anteriores, pero ello no quiere decir que para acceder a los bancos de datos sea más sencillo mientras la persona es menor de edad, para acceder es necesario tener el consentimiento de la progenitora que ha deseado resguardar su identidad.

Si en México se estableciera una legislación de este tipo, muchos abogados señalarían la inconstitucionalidad de la normativa, bajo el argumento que poseen todas las personas a la construcción de su identidad, máxime si se trata de un menor de edad, pues el mismo caso *Odièvre vs Francia* señaló que si el niño no puede acceder a sus orígenes familiares, de la forma que sea, es puesto en una situación de sufrimiento de la que corre el riesgo de padecer secuelas,²⁷⁸ ello bajo el argumento de encontrarse su identidad en un proceso de construcción, brindar dicha información a los solicitantes, sin que exista un permiso de la persona que ha solicitado el resguardo de su identidad, conllevaría una violación a su esfera jurídica. No obstante debe tomarse en cuenta que aún a los dieciocho años es muy difícil establecer un parámetro en el cual el ser humano ha terminado de consolidar su identidad, en sí misma la identidad posee varias dimensiones, la identidad asignada, la identidad aprendida, la identidad internalizada que constituye la auto identidad,²⁷⁹ por lo que no resulta estática ni coherente, tampoco resulta mecánicamente un estereotipo, por lo cual cada persona reacciona diferente al hacer su vida, conforme a sus anhelos deseos y esperanzas, de manera que su construcción resulta constante y permanente.

Sostener una postura como la que argumentó Francia en dicha contienda internacional es muy peligroso, al definir que la identidad estaba completamente construida, ya que la maduración del ser humano es un periodo constante, como ejemplo podemos señalar entre las etapas de la infancia el denominado periodo escolar el cual va de los seis a los doce años, es decir, hasta que comienza la adolescencia, periodo donde el niño podría sentirse intrigado por sus orígenes. Mientras en la adolescencia se divide en tres etapas, como son la adolescencia temprana de los once a los trece años, la media de los catorce a los diecisiete, y la tardía de los diecisiete a los veintiuno; en la adolescencia el ser humano alcanza la

²⁷⁸ Caso *Odièvre vs. Francia* (tedh\2003\8), opinión disidente común de los señores Wildhaber, Bratza, Bonello Loucaides, Cabral Barreto, Pellonpää y de la señora Tulkens

²⁷⁹ Lagarde, Marcela, *Claves feministas para la mejora de la autoestima*, Madrid, Horas y Horas, 2000 p. 61

maduración física, posee el pensamiento abstracto y establece su identidad, no obstante, dentro en algunos casos en el periodo de adolescencia tardía, se genera la denominada crisis de los veintiún años, cuando comienzan a enfrentarse las exigencias reales del mundo adulto.²⁸⁰ Partiendo de la premisa señalada con anterioridad, no podría generalizarse respecto de la madurez de la persona y por ende de su desarrollo, en ese orden de ideas se debe permitir a la persona acceder al conocimiento de sus orígenes concretamente a conocer quiénes son sus progenitores.

Desde la perspectiva del derecho francés si a la persona se le niega el derecho a conocer sus orígenes biológicos no implica una violación a sus derechos humanos, ya que al ser mayores de edad su personalidad ha sido desarrollada, insistir en conocer sus orígenes o tratar de reclamar para sí un derecho u obligación de quien fue su madre o progenitores biológicos implica una perpetración en la intimidad de estas personas. Hay que comprender que la injerencia en la vida privada de una persona, solamente es posible si es autorizada por los Estados y sólo puede tener lugar en virtud de la ley.²⁸¹ En ese sentido tratados internacionales como, el Pacto de Derechos Civiles y Políticos contemplan la protección de la vida privada en su artículo 17, prevé una protección a las personas y sus familias a fin de que terceros o el Estado no ataquen su honra y reputación,²⁸² con ello evitar la generación de actos de molestia que pudieran en un momento determinado volverse violaciones a la esfera jurídica de la persona. La protección a la intimidad de la persona resulta ser un elemento clave. Las autoridades públicas competentes sólo deben pedir aquella información relativa a la vida privada de las personas, cuyo conocimiento resulte indispensable para los intereses de la sociedad en el sentido que tienen con

²⁸⁰ J.J. Casas Rivero, M.J. Ceñal González Fierro “Desarrollo del adolescente. Aspectos físicos, psicológicos y sociales, Unidad de Medicina del Adolescente” Madrid, Servicio de Pediatría. Hospital de Móstoles, 2005, pp.24-25

²⁸¹ Cfr. Observación: CCPR-GC-16 Derecho a la intimidad, Párr. 3. Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CCPR/00_2_obs_grales_Cte%20DerHum%20%5BCCPR%5D.html#GEN16 consultado el 08/10/2017

²⁸² Ibídem Párr. 1.

arreglo al Pacto.²⁸³ Lo anterior igualmente puede ser interpretado en el siguiente sentido, las autoridades no deben brindar información sensible o identificable de las personas si es que estas desean permanecer en el anonimato; esto no debe ser interpretado en el sentido de la evasión de sus responsabilidades fiscales con el Estado o bien de las obligaciones que hubiese contraído con otras personas previamente, más bien debe entenderse en el sentido de respetar su contacto con las personas que conforman su círculo más íntimo.

Conforme a lo anterior es preciso señalar que el derecho a la intimidad se conforma como un derecho sustantivo, es decir con aquel derecho relacionado como bien de la vida humana por surgir de relaciones familiares, del estado civil de la persona, la libertad personal, la de conciencia, la de expresión, el derecho al honor este último desde su doble aspecto. Por su parte *el habeas data* se conforma como un derecho procesal o adjetivo, entendiendo que este tipo de derechos son únicamente el medio para hacer observar o proteger el derecho sustantivo de modo que se trata sólo de las reglas para obtener del Estado la garantía del goce de los bienes de la vida.²⁸⁴ En ese orden de ideas el derecho a solicitar determinada información de una persona o ejercer un *habeas data* se vuelve un derecho procesal y no un derecho sustantivo; mientras que el derecho a la intimidad contiene información sensible e identificable de la persona, por lo que prima la protección del derecho sustantivo sobre el adjetivo.

La idea de vida privada varía de una persona a otra, de un grupo a otro, entre las sociedades igualmente en función de las edades, tradiciones y culturas; siendo así el derecho a la intimidad forma parte de la vida privada permite que las personas no difundan información de carácter personal, este derecho solo pierde su vigencia cuando se otorga su consentimiento para divulgar la información.²⁸⁵

²⁸³ Ibídem Párr. 7.

²⁸⁴ [J] I.8o.C. J/2 Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 40, Marzo de 2017, t. IV p. 2416

²⁸⁵ [T.A.] I.3o.C.696 C Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, t. XXVIII, Septiembre de 2008 p. 1253

Debe establecerse una diferencia existente entre el respeto a la vida privada y el derecho a la reserva, el primero supone el respeto de la privacidad y la defensa contra cualquier forma de intromisión externa dentro del ámbito del titular que ha provisto de determinada información; el segundo ampara la divulgación de noticias por quien tuvo el conocimiento de ellas por vía legítima y en virtud de la confianza del titular que proveyó esa información.²⁸⁶ Teniendo en consideración lo plasmado con anterioridad basta señalar que el derecho a la vida privada tiene una visión mucho más amplia que aquella solamente referida en el plano jurisprudencial o legal, desde la postura doctrinal abarca la disposición de todo ser a la soledad, el recogimiento y quietud que le permitan replegarse sobre sí mismo para meditar, orar, abrirse a la contemplación de la paz interior, al descanso, la quietud y su creatividad artística e intelectual. De igual forma la formulación y explicación del término inglés *privacy* dada por Thomas Cooley ha expuesto de la siguiente forma:

Idioma original	Traducción
Privacy is the rightful claim of the individual to determine the extent to which he wishes to share of himself with others and his control over the time, place and circumstances to communicate to others. It means his right to withdraw or to practice as he sees fit. It is also the individual's right to control dissemination of information about himself; it is his own personal possession, privacy is synonymous with the right to be let alone. ²⁸⁷	La privacidad es un reclamo legítimo del individuo para determinar hasta qué punto desea compartir de sí mismo con los demás, tomando en consideración el tiempo, el lugar y las circunstancias para comunicarse con los demás. Esto significa que posee el derecho para retirarse o participar, de acuerdo a como crea conveniente. Es también el control para compartir la información sobre su persona; es su propia posesión personal, la privacidad es sinónimo del derecho de permanecer solos.

La privacidad se puede entender como el derecho a permanecer tranquilo o ser dejado solo. Ahora bien, el Estado debe adoptar medidas positivas para impedir que la intimidad personal y familiar se vulnere por personas ajenas. Lo anterior se refleja en el tema de investigación al momento en que la persona siendo adulta solicita

²⁸⁶ Novoa, Monreal, Eduardo. *Derecho a la vida privada y libertad de información, un conflicto de derechos*. 6ª edición, México, Siglo XXI, 2001, p. 43

²⁸⁷ Sharma, S.K., *Privacy law a comparative study*. India, Atlantic Publishers & Distributors, 1994, p.333

conocer la información de quienes son sus progenitores o progenitora, si las autoridades brindan dicha información sin solicitar la información a la progenitora se invade la esfera personal, causando una violación. De manera que este derecho es vulnerado por todos aquellos quienes turban la tranquilidad ajena mediante asedios, hostigamientos personales y otros medios que impiden su ejercicio. Sobre la privacidad se extienden seis puntos rectores; 1) el derecho a permanecer solo, 2) la limitación del acceso al ser, 3) la confidencialidad, 4) control de la información personal, 5) calidad personal, y 6) la intimidad.²⁸⁸ Los puntos tres y cuatro guardan especial relación en el parto anónimo al momento de primar la secrecía de la identidad personal; requerir la información de la vida privada de una persona, y la solicitud de información identificable de la misma puede causar una vulneración en su vida íntima. La protección de la vida privada de las personas tiene una extensión a su vida familiar, no debe resultar ajena esta comprensión el respeto a la intimidad personal y familiar de los individuos no se encuentra limitado a aspectos de la vida propia, sino que se extiende a los de la vida privada de otras personas con quienes se tiene una vinculación estrecha.²⁸⁹

El derecho a la intimidad se encuentra frente a la acción y conocimiento de los demás; la intimidad responde a los efectos de la publicidad de la información de su persona y de su familia, se traduce en el derecho de autodeterminación de la información supone la posibilidad de elegir qué información de la esfera privada de la persona puede ser conocida o cuál debe permanecer en secreto.²⁹⁰ En el parto anónimo se prima porque la información solo pueda ser dada a conocer mediante la autorización de quien solicitó su resguardo, toda vez que se pretende respetar su

²⁸⁸ Solove, Daniel J., Conceptualizing Privacy, California Law Review Vol. 90, Issue 4 Articles 2 July 2002, 1094p. Fuente de Consulta <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1408&context=californialawreview> consultado el 31/09/2017

²⁸⁹ [T.A.] 1a. XLVIII/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época Libro 3, Febrero de 2014, t. I p. 642

²⁹⁰ [T.A.] I.3o.C.695 C *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época t. XXVIII, Septiembre de 2008, p. 1253

derecho a la privacidad ello incluye la decisión de las personas que forman parte de su círculo familiar.

Dentro de la figura del parto anónimo la persona es legalmente informada sobre el resguardo de su identidad, puede ser informada de las consecuencias legales de lo que implica el resguardo de dicha información, se les invita a dejar información sobre su estado de salud y la de su pareja, los orígenes y circunstancias de nacimiento del menor, es decir, en este último apartado se establece si el menor fue producto de una relación casual o bien los otros motivos por los cuales deciden no criarlo. Impera señalar que los datos concernientes a la salud pueden ser dados a conocer a las personas que desean adoptar al menor sujeto al parto anónimo, ello para que conozcan sobre el estado de salud del menor, y si este tiene algún padecimiento producto de algún mal congénito para que sea tratado. De igual manera se dan a conocer al menor y a sus representantes si así lo solicitasen las razones y circunstancias del nacimiento, ello permite que el menor tenga un conocimiento de las causas por las cuales fue abandonado, de manera que no exista una necesidad para realizar una confrontación con quien resultó ser su progenitora.

La evaluación y la determinación del interés superior del niño son dos pasos que deben seguirse cuando se elija tomar una decisión, como sería la hipótesis sostenida con anterioridad. La mencionada evaluación consiste en valorar y sopesar todos los elementos necesarios para tomar una decisión en una determinada situación para un niño o un grupo de niños en concreto. Por ello el interés superior del menor consiste en un proceso estructurado y con garantías estrictas concebido para determinar su interés.²⁹¹ El interés superior del menor varía conforme a las circunstancias y la vivencia de cada infante, ello implica su edad y percepción del mundo que le rodea. Por ende una decisión relativa a un niño en particular puede

²⁹¹ Cfr. Observación: CRC-GC-14 El derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, 2013, Párr. 47. Recuperado de <https://www.tribunaloaxaca.gob.mx/archivosSlide/dn2015.pdf> consultado 15/09/2017

variar del resto, de tal suerte que el interés superior del niño debe ser evaluado individualmente.²⁹²

¿Podría suceder qué bajo la negativa del conocimiento de la identidad de su progenitora o progenitores biológicos pudiera recurrir a la vía judicial y reclamar dicha resolución? ¿Qué sucedería si la sentencia confirma la negatividad de dicha resolución, se consideraría como una sentencia violatoria de derechos humanos? La respuesta no resulta tan sencilla, compréndase que el derecho en ocasiones es observado como un conjunto de reglas, en otras como un conjunto de principios y en otras más como una mezcla de ambos. La norma alude algo que debe ser o producirse, las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras las normas constitucionales versan sobre derechos y la denominada idea de justicia, por lo que resultan ser los principios. Las reglas a pesar de estar escritas en alguna ley secundaria o en la propia constitución se agotan en sí mismas, es decir, lo establecido en la legislación francesa respecto al parto anónimo, resulta ser un conjunto de reglas, encuadradas a situaciones concretas y por parámetros bien definidos. Por su parte los principios requieren de una acción para su aplicación completamente distinta y requiere de una reacción para la toma de decisiones,^{293a} los principios solo se les puede dar un significado operativo, al reaccionar a un hecho o caso concreto.

En el parto anónimo la regla posee un doble enfoque, en un primer momento la regla prima sobre la secrecía de la identidad de la progenitora, y no se podrá dar a conocer dicha información sin su consentimiento, la regla puede romperse cuando quien solicita el conocimiento de dicha información es el vástago sanguíneo, y solo puede acceder a la misma bajo el consentimiento de la persona cuya identidad ha elegido permanecer en secreto. La regla prima una doble función primero al dar preferencia a que el vástago tenga un desarrollo armónico al conocer la identidad de su madre; el segundo aspecto de la regla sería la protección de los datos

²⁹² Ibídem párr. 24

²⁹³ Zagrebelsky Gustavo. El derecho dúctil, ley derechos, justicia. 2a ed. Editorial Trotta. España 1997, p. 100

personales. La controversia surge cuando se tiene en juego un derecho tan importante como la identidad, pero visto desde un doble enfoque, es decir, el de la o los progenitores y el vástago, serían pocos los casos en los cuales decidieran las personas dar a conocer su identidad, recuérdese que dicho derecho no solo es exclusivo de los menores, también se sustenta en la forma en la cual desarrolla sus vínculos en los planos familiares y sociales,²⁹⁴ la identidad familiar se ve alterada hasta cierto punto por la falta de conocimiento de la identidad de sus progenitores, ya que no genera un sentido de pertenencia.

La Convención Americana de los Derechos Humanos en su artículo 11 establece que nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia, así como los ataques a su honra y reputación. Pero ¿Acaso se trata de un derecho absoluto? Ello puede ser sujeto a debate desde el ámbito jurídico y académico,²⁹⁵ tratar de fijar una postura a favor del interés superior del niño, así como de la privacidad de la progenitora, implicaría fijar un carácter absoluto, cierto es que se prima por revelar la situación original al menor, sin embargo tratándose de estas situaciones de abandono, se debe tener un gran cuidado para que la verdad no afecte su psique y su sano desarrollo, por lo que habría que realizarla bajo situaciones controladas.²⁹⁶ Si se tuviera que fijar una postura en concreto diríamos que este derecho no resulta absoluto, pues requiere de un consentimiento de terceros, para que no resulten afectados.

En situaciones planteados con anterioridad podríamos basarnos en los test de proporcionalidad ofrecidos por Robert Alexy, partiendo desde un enfoque netamente del derecho internacional de los humanos permite establecer una

²⁹⁴ Cfr. Corte IDH. Caso Contreras y otros vs El Salvador. Fondo. Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C. No. 232. Párr. 113

²⁹⁵ Besson, Samantha. "Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights," *International Journal of Law, Policy and the Family* 21, no. 2 (2007): pp137–59, recuperado de doi:10.1093/lawfam/ebm003. Consultado 15/01/2019

²⁹⁶ Ídem

limitante en sus principios, esta limitante puede ser legítima, proporcional, apropiada, y necesaria, para el contenido esencial del derecho.²⁹⁷ La fundamentación más sólida del principio de proporcionalidad, es aquella según la cual, debe considerarse como un concepto implicado por el carácter jurídico de los derechos fundamentales.²⁹⁸ Si bien en un inicio no se establece de manera tajante que sean reglas o principios, se les puede denominar como inconcluso, por necesitar de situaciones como la presentada durante la investigación para ser aplicados; por ello las normas de derechos fundamentales adquieren un carácter doble si se construyen de forma que ambos niveles sean reunidos en ellos.

Habría que señalar la proporcionalidad para determinar el momento o situación por la cual la persona podría adquirir el conocimiento de sus orígenes biológicos y con ello la identidad de su progenitora, el principio de proporcionalidad es un método para resolver la coalición entre los derechos fundamentales.²⁹⁹ Téngase presente que el principio de proporcionalidad no solo lo aplican los jueces al momento de resolver una controversia jurídica, también puede encontrarse inmerso en las normas y en los diarios debates así como proyectos que llevaron a su establecimiento.

Partir de una visión *iusnaturalista* sobre el parto anónimo, es vincular el derecho con la idea de justicia y no de norma, en ese sentido el parto anónimo se acerca más al plano del derecho natural, al pretender que el menor tenga la oportunidad de desarrollarse armónicamente en una familia que le provea de los cuidados necesarios, y el derecho que tiene la progenitora o progenitores de completar su proyecto de vida, y reservar su identidad. Para que la figura del parto anónimo sea aceptada deberá tomar en cuenta la posición ética dentro del derecho mexicano, téngase presente que la visión dentro del derecho francés es distinta a la del

²⁹⁷ Alexy, Op, cit., p.141

²⁹⁸ Martínez Pujale, Antonio Luis, *la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid. CEPC 1997, p. 41

²⁹⁹ Cárdenas, García, Jaime. *Manual de Argumentación Jurídica*, México, UNAM, Porrúa, 2014, p.410

derecho mexicano, pueden existir puntos en común, no obstante el traslado de una disposición jurídica a otro conlleva un problema ético de acción, la comprensión y dimensión del problema son distintas a pesar de tener un mismo origen, siendo así la comprensión varia. Sin embargo, vale la pena reflexionar que el derecho es un producto cultural contingente que busca transformar la realidad a partir de las concepciones éticas de grupo que están limitadas, en cuanto a su validez por un mínimo tolerable común a todas las culturas; siendo para el caso el respeto a la vida en su más amplia concepción.

3.6 El parto anónimo y el derecho a la vida familiar efectiva.

Toda persona tiene el derecho de constituir una familia, y a poseer una sana convivencia con la misma; como medio de conformación social en esta comunidad de vida cada uno de los seres humanos tiene derecho a su propio desarrollo de manera individual como colectiva, en la familia permiten que se exprese la realización de los intereses afectivos y existenciales de cada uno de sus integrantes.

El ejercicio al derecho de la convivencia familiar es practicado de manera natural por los padres y los hijos, no obstante, de igual manera puede realizarse con los familiares sustitutos mediante la guarda, tutela y/o la adopción. El término comunidad señala al conjunto de personas vinculadas por las características o intereses comunes³⁰⁰. En situaciones como la del parto anónimo se prioriza que las familias se unan por intereses comunes, al menos en el ámbito relacionado con el menor ya que si su progenitora o progenitores biológicos no desean establecer una relación con él; se le puede dar en adopción a otras personas que pretendan establecer una situación afectiva y donde existan intereses comunes.

El objetivo no es ocultar la maternidad, tampoco se trata de realizar un repudio por esta figura, lo pretendido es garantizar la libertad para las mujeres de ser o no la madre del niño que dio a luz, con un amplio acceso a la salud pública, de esta forma se evita poner en peligro la vida del menor por medio de los abortos clandestinos

³⁰⁰ Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua. Recuperado de <http://dle.rae.es/> consultado el 19/09/2017

que de igual manera pudieran provocar un peligro para la madre. Los niños tendrán salvaguarda de su derecho a la vida, salud, integridad y podrán potenciar el derecho a una vida familiar efectiva; con ello se refiere a que no basta con tener la figura de un padre, una madre o un tutor, sino que estas personas le prioricen su atención y le brinden los cuidados que por su calidad de menor requiere.

Un punto de quiebre respecto del análisis de la vida familiar y efectiva a partir de la relación entre el parto anónimo podría resultar difícil de comprender, pero hay que destacar su posibilidad; es la permisibilidad a los progenitores que el niño no deseado sea abandonado, y el Estado debe garantizar el servicio de salud de la madre y del menor. El nacimiento sea realizado en las instalaciones médicas, este conlleva un sigilo en el resguardo de la identidad de la madre. Se garantiza el derecho a la vida del menor, muchas personas podrían considerar que la única forma de violar dicho derecho es mediante una privación de la misma, sin embargo, existen muchas formas de violar este bien jurídico tutelado, ejemplo de ello es no brindando condiciones mínimas para que se efectúe un óptimo desarrollo, la manifestación más sencilla a considerar sería las situaciones que involucran el desamparo y la explotación infantil.

La mera penalización de la conducta no es suficiente para evitar la trágica ocurrencia. La penalización de una conducta determinada solo agrava la situación; de hecho, considerando que en algunas situaciones se trata de una conducta *mala in se* y otras *mala prohibita*. Sin embargo, las situaciones como el abandono de menores en lugares donde se pueda vulnerar su integridad y su vida son conductas *malas in se*, se busca es afectar el destino del recién nacido. La naturaleza clandestina del abandono hace la vida de estos niños aún más vulnerable y expuesta a sufrir más.

La filiación es el resultado de procedencia de los hijos respecto a los padres, implica deberes, obligaciones, derechos y facultades entre ello,³⁰¹ de esta forma se crea un

³⁰¹ Galindo Garfias, Ignacio. *Derecho civil, primer curso, parte general, personas, familia*. 26ª ed., México, Porrúa, 2009, p. 638

núcleo social primario.³⁰² Además recuérdese que la filiación puede ser natural o legítima y que esta es el único vínculo que liga al hijo con sus progenitores y a éstos con aquél.³⁰³ La figura del parto anónimo garantiza una vida familiar efectiva al respeto de la vida de ambos sujetos tanto del gestante como del vástago conlleva la realización del proyecto de vida, no forzosamente el hecho de que existan hijos y tengan que convivir los progenitores naturales garantiza la felicidad de ambos. La adopción es el estado jurídico mediante el cual se crea un vínculo paterno-filial entre los dos sujetos, tratándose del caso en que involucra a menores se constituye el beneficio de los menores pues a través de ella se les brinda la posibilidad de crecer y desarrollarse en el seno de una familia, su objetivo es garantizar un hogar estable en donde pueda desarrollarse de forma armónica.³⁰⁴

Se prioriza el derecho que tiene el menor de vivir con su familia, es el espacio primordial de desarrollo y la agrupación natural dentro de la estructura dominante que constituye la base de la sociedad, así la familia se encarga de prepararlos para que cumplan satisfactoriamente el rol social que les corresponde. La jurisprudencia ha señalado que el interés superior del menor es posible su colisión con el principio de mantenimiento del menor en la familia biológica en los casos de adopción de un menor de edad, no obstante hay que analizar con mayor detenimiento en qué tipo de situaciones, así mismo señala que los niños no deben ser separados de su familia salvo que implique un riesgo el permanecer con la misma, además el criterio expuesto con anterioridad resulta mayormente aplicable con aquellos casos que involucren violencia familiar.³⁰⁵ No obstante se ha expresado que “Los principios del

³⁰² Baqueiro, Rojas, Edgar y Buenrostro Báez, Rosalia. *Derechos de familia*, edición revisada y actualizada, México, Oxford, 2008, p. 227

³⁰³ [T.A I.11o.C.129 C *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Novena Época, t. XXII, Julio de 2005; p.1506

³⁰⁴ Pérez Contreras, María de Monserrat. *Derecho de familia y sucesiones*, México. UNAM-IIJ/Nostra ediciones, 2010, p.131

³⁰⁵ [T.A.] 1a. LIV/2013 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Décima Época Libro XVII, Febrero de 2013, t.I, p. 825

interés superior de la infancia y de mantenimiento del menor en la familia biológica pueden entrar en contradicción en los casos de adopción de menores de edad, puesto que las soluciones más adecuadas al interés del niño pueden no ser las que favorezcan el mantenimiento o reinserción en la familia biológica.”³⁰⁶ Esta porción abre la puerta para que la figura del parto anónimo resulte aplicable dentro del contexto mexicano, el hecho de que un menor permanezca o desarrolle su vida con su familia biológica no le garantiza el respeto a sus derechos, por ello el parto anónimo pareciera ser un acto frío de abandono no obstante en realidad no resulta así, más bien debe ser entendida como la búsqueda de un bien mayor para el menor, ello para estar acorde a lo señalado en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en las leyes federales y locales, se pretende implementar mecanismos eficaces de protección de los menores³⁰⁷ y de respeto en el ámbito familiar.

En la legislación mexicana se establece que todos los niños deben llevar una vida libre de violencia y que se le contribuya a un sano desarrollo, evitando con ello la violencia familiar, de manera que todo los demás miembros de la familia deben respetar su integridad física, sexual, psicológica, patrimonial y económica, con el objeto de contribuir a su sano desarrollo.³⁰⁸ La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes señala: Las autoridades establecerán las normas y los mecanismos necesarios a fin de que, siempre que una niña, un niño, una o un adolescente se vean privados de su familia de origen, se procure su reencuentro con ella.³⁰⁹ Con el parto anónimo solo el menor tiene conocimiento de

³⁰⁶ Ídem

³⁰⁷[J] I.5o.C. J/25 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*; Décima Época, t. XXXIII, Junio de 2011, p.1017

³⁰⁸ Artículo 300 Bis del Código civil del Estado de Chihuahua Artículo reformado mediante Decreto No. 1078-2010 II P.O. publicado en el P.O.E. No. 62 del 04 de agosto de 2010

³⁰⁹ Artículo 24 La Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Diario oficial de la Federación, Recuperado de http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5374143&fecha=04/12/2014 consultado el 30/09/2017

sus orígenes biológicos pero no a entablar una relación de tipo jurídica con los padres biológicos.

¿Cuál es la vida familiar efectiva? Esta no se denomina por cantidad de ingresos de los padres o los derechos que posean los menores, tampoco por el número de personas que conforman la familia; la vida familiar efectiva se logra por el alcance de la felicidad de cada individuo viviendo tanto de forma individual como conjunta, basta mencionar en el pensamiento de Benjamin Franklin “ La felicidad humana generalmente no se logra con grandes golpes de suerte, que pueden ocurrir pocas veces, sino con pequeñas cosas que ocurren todos los días”.