

UNIVERSIDAD NACIONAL “HERMILIO VALDIZÁN”
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS



**DERECHOS DEL NIÑO Y LOS LÍMITES DE LA
LIBERTAD DE PROCREAR EN EL PERÚ**

Tesis presentada por

ERICK RONALD SARA FALCÓN

Para optar el título de Abogado

Asesor

DR. CÉSAR ALFONSO NAJAR FARRO

Huánuco

2017

A mis padres, Raquel y Arbues,
quienes me inculcaron los
valores de la rectitud y la
perseverancia.

“Si tú supieses cuánto quiero a los niños... me gusta verlos correr por la arena y ensuciarse la cara, devorar helados haciendo muecas, incluso me gustan cuando los encuentro insoportables... Prométeme que me harás muchos...”

-No te prometo nada en absoluto.

“Los hijos- piensa Malkiel- ¿Con qué derecho los traemos al mundo? Y qué mundo... ¿Quién me asegura que no nos maldecirán por haberles dado la vida? Y qué vida.”

-Yo conocí a un hombre -dice Malkiel- que no quería niños. No porque no los amase, sino porque los amaba, sentía compasión por ellos. Pensaba en el futuro que les esperaba, y decía: “Más vale que el tiempo transcurra sin ellos”.

(De la novela “El olvidado” de Elie Wiesel, presidente del “Holocaust Memorial Council” y Premio Nobel de la Paz.)

“No puedo pensar en ninguna necesidad de la infancia tan fuerte como la necesidad de protección de un padre”.

Sigmund Freud.

“Los niños son el recurso más importante del mundo y la mejor esperanza para el futuro”.

John Fitzgerald Kennedy.

**DERECHOS DEL NIÑO Y LOS LÍMITES DE LA
LIBERTAD DE PROCREAR EN EL PERÚ**

RESUMEN

El presente trabajo de investigación revisa las bases teóricas y jurídicas del denominado derecho o libertad de procrear en el Perú, identifica sus límites subjetivos y reconoce el valor del concepto de responsabilidad en su ejercicio. Al mismo tiempo, explica la posible situación de incoherencia e incompatibilidad de una protección ilimitada y absoluta de aquél en relación con el régimen jurídico de protección del niño y su interés, recurriendo para ello a un análisis dogmático-hermenéutico de las normas legales y principios aplicables, así como otras fuentes propias de la Ciencia del Derecho.

A partir de tales ideas, se propone una renovación del marco jurídico que protege las decisiones reproductivas en nuestro país, orientándolo a uno más firme y dinámico, que revalore la importancia de la paternidad responsable y lo presente no solamente como una cuestión de información o sugerencia, sino como un verdadero deber de todos aquellos que son padres o que deseen serlo en nuestro país. Asimismo, en última instancia, se plantea la posibilidad de establecer restricciones al ejercicio de esta libertad, en todos aquellos casos de irresponsabilidad parental que cause perjuicio al interés de los hijos y de la comunidad.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	3
i. TEMA Y PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN	3
ii. METODOLOGIA EMPLEADA.....	10
iii. ESTADO DE LA CUESTIÓN.....	21
CAPÍTULO I: REPRODUCCIÓN HUMANA Y LIBERTAD DE PROCREAR	26
1. LA PROCREACIÓN O REPRODUCCIÓN HUMANA	27
1.1. Precisiones terminológicas.....	27
1.2. La procreación como fenómeno social	29
1.3. Reproducción y sexualidad	31
2. DERECHOS REPRODUCTIVOS	34
2.1. Protección jurídica de la reproducción humana.....	34
2.2. Derechos sexuales y derechos reproductivos	44
2.3. La salud y la libertad reproductiva	51
3. LA LIBERTAD REPRODUCTIVA	58
3.1. Concepto y nociones generales	58
3.2. Ámbito de protección.....	61
3.3. Fundamentos de la libertad reproductiva	65
CAPÍTULO II: PROCREACIÓN RESPONSABLE Y LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE PROCREAR	75
1. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES	76
1.1. Concepto de derechos fundamentales	76
1.2. Función social y límites de los derechos	78
1.3. La dignidad humana como fundamento del límite de los derechos	84
2. LA RESPONSABILIDAD EN LA LIBERTAD DE PROCREAR	89
2.1. Límites de la libertad de procrear.....	89
2.2. La responsabilidad como límite de la libertad reproductiva	99
2.3. Deberes paternales y derechos del niño	107

CAPÍTULO III: LA LIBERTAD REPRODUCTIVA EN EL PERÚ.....	118
1. TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA EN EL PERÚ .119	
1.1. Los derechos reproductivos y su reconocimiento en el Perú	119
1.2. Marco normativo peruano de la libertad reproductiva	123
1.3. La libertad reproductiva en la jurisprudencia peruana.....	137
2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL Y LA PROMOCIÓN DE LA PATERNIDAD RESPONSABLE EN EL PERÚ	147
2.1. El principio de libertad personal y la libertad de procrear	147
2.2. La promoción de la paternidad y maternidad responsables	155
CAPÍTULO IV: REPRODUCCIÓN ABUSIVA Y DERECHOS DEL NIÑO ..	168
1. PATERNIDAD IRRESPONSABLE Y ABUSO DEL DERECHO DE PROCREAR.....	169
1.1. La protección de la paternidad irresponsable en el Perú	169
1.2. La paternidad irresponsable como abuso del derecho	177
2. LIBERTAD SIN LÍMITES Y DERECHOS DEL NIÑO	191
2.1. La protección de la niñez en el Perú	191
2.2. Doctrina de la protección integral del niño	194
2.3. El Interés Superior del Niño	201
CONCLUSIONES FINALES	208
SUGERENCIAS.....	217
BIBLIOGRAFÍA:.....	223

INTRODUCCIÓN

i. TEMA Y PROPÓSITO DE LA INVESTIGACIÓN

El ejercicio de la reproducción humana es probablemente una de las cuestiones más problemáticas que se pueden estudiar en la Ciencia del Derecho. No solamente por la naturaleza esencialmente subjetiva de las motivaciones o impulsos que llevan a una persona a practicar este acto, sino también, por el conjunto de intereses que se ven afectados con la concepción y nacimiento de un nuevo ser, que al venir al mundo traerá consigo un cúmulo de derechos, facultades y prerrogativas que sus padres y la sociedad estarán en la obligación de satisfacer.

Independientemente del conjunto de estudios y teorizaciones que sobre el tema se han realizado desde diversos puntos de vista (como la demografía, la sociología, la biología, la psicología, incluso la filosofía y la economía), en el Derecho, la atención que se ha puesto sobre la procreación es bastante reciente. Será a partir de los esfuerzos promovidos por diversos países y organizaciones internacionales a lo largo de la segunda mitad del siglo pasado que se logrará reconocer recién un ámbito de protección legal internacional que ampara el ejercicio de la reproducción.

Como consecuencia de aquello, las legislaciones del mundo entero han instituido un marco jurídico que garantiza por primera vez en la historia la garantía de un ejercicio sano y libre de la reproducción, poniendo énfasis especialmente en la situación de vulnerabilidad de la mujer, quien, como es sabido, es la que ejecuta físicamente la labor de traer al mundo al nuevo individuo. En materia de derechos humanos esto ha marcado un hito, puesto que ha permitido superar una larga tradición de dominación machista en cuya virtud la mujer solamente era considerada un objeto sexual y/o reproductor, para al fin reconocer que ella, al igual que el varón, también tiene la capacidad de decidir libremente sobre el ejercicio de su capacidad de procrear.

En el Perú, este proceso normativo también ha tenido un impacto notorio, dando como resultado la existencia de un contexto jurídico que obliga al Estado a brindar a los ciudadanos una serie de servicios de salud y educación a través de las cuales se busca garantizar un óptimo estado de salud reproductiva y, especialmente, asegurar a los individuos y parejas la ausencia de cualquier tipo de intromisión o coacción al momento de tomar tal decisión.

Pese a lo mencionado, actualmente es posible advertir que muchas de las decisiones y prácticas reproductivas efectuadas en nuestro país, amparadas precisamente en dicho régimen legal, no arriban necesariamente a escenarios satisfactorios, tal como se hubiera imaginado al momento de convenir los referidos derechos. Al contrario, este margen de protección concedido al concepto de libertad en la procreación pareciera haber emprendido un rumbo marcado por la excesiva individualidad e informalidad, dejándose de lado y restando importancia a los deberes inherentes a este suceso.

Y es que, del amplio conjunto de prerrogativas concedidas a los ciudadanos, la libertad reproductiva parece admitir un campo de acción sumamente amplio, casi absoluto, de manera tal que la autonomía de las personas para establecer el número de hijos, el espaciamiento entre sus nacimientos, forma de procrearlos y libertad para seguir trayéndolos al mundo, se presentan como ilimitados en nuestro país, no pudiendo el Estado ni nadie intervenir en tales decisiones, aun cuando a raíz de ellas se generen situaciones problemáticas para quienes tienen el mayor interés en este acto, es decir, los niños que van a nacer.

Opinamos que esta situación ha provocado que un sector de la población reconozca su derecho o libertad de reproducción de manera irrestricta, cuyo ejercicio no acepta intromisiones aun cuando se ejerza

irresponsablemente y, con ello, se prive al niño de la oportunidad de vivir una vida digna y de llegar a ser un hombre de bien.

En nuestro país existen datos palpables de que muchísimos niños nacen y crecen en situaciones inapropiadas para su condición, al punto que podría afirmarse que vinieron al mundo sin padres ni madres, toda vez que éstos se desprenden de sus obligaciones una vez que aquéllos nacen y, para empeorar las cosas, siguen procreando más y más niños sin tener en cuenta sus intereses y derechos, sentenciándolos a una vida de incertidumbre e inseguridad.

Así, la paternidad irresponsable se ha convertido en un elemento casi característico y representativo de un gran sector de la sociedad peruana. Se ha masificado la procreación de hijos sin consideración por sus intereses, tratándolos como meros objetos derivados del acto sexual, cuyos derechos pasan a segundo plano a la hora de tener coito y buscar placer. Si bien algunos estudios estadísticos reflejan que las tasas de fecundidad y natalidad han reducido en el Perú, la realidad nos muestra otra cosa: Diariamente podemos ver en las calles a niños y adolescentes abandonados, trabajando informalmente, viviendo en la más absoluta miseria, muchas veces sin poder comer, estudiar, recrearse, como cualquier otro niño de su edad. Pero lo que tal vez causa más indignación es que a pesar de todo ello, siempre existirá la triste ironía de saber que las personas que les dieron la vida, seguirán trayendo más niños que, muy probablemente, caerán en la misma condición, sin que el Estado pueda aplicar algún tipo de sanción o restricción.

Este asunto llama ampliamente la atención desde el punto de vista del Derecho, dado que nos encontraríamos ante una enorme contradicción de normas y valores, por cuanto, si bien el ordenamiento legal peruano protege la libertad de decidir sobre la reproducción, al mismo tiempo, reconoce también todo un marco normativo de protección al niño y su interés, por lo tanto, es fundamental encontrar un mecanismo que garantice y defienda

satisfactoriamente a ambos de manera igualitaria, y que, simultáneamente, evite cualquier tipo de abusos que, bajo la excusa del ejercicio legítimo de un derecho, puedan causar daño a los demás.

En base a lo expuesto entendemos que existe un importante problema que ha sido subestimado durante bastante tiempo, especialmente desde la óptica jurídica y que corresponde ser estudiado ahora que muchos problemas sociales se agudizan y tienen su origen justamente en un ejercicio irresponsable de la libertad reproductiva.

Partiendo de lo mencionado, se han formulado los siguientes problemas a responder mediante la presente investigación:

- **Problema general**

- ✓ ¿Es compatible el tratamiento legal de la libertad reproductiva con el régimen legal de protección de los derechos del niño en el Perú?

- **Problemas específicos**

- ✓ ¿El concepto de paternidad responsable constituye un límite para el ejercicio de la libertad reproductiva?
- ✓ ¿De qué manera el Estado peruano protege la libertad reproductiva y cómo hace efectivo el mandato constitucional de promoción de la paternidad y maternidad responsables?
- ✓ ¿El ejercicio ilimitado de la libertad reproductiva contraviene el régimen de protección legal de los derechos del niño en el Perú?

En concordancia con los problemas general y específicos mencionados, constituyen objetivos de la investigación los siguientes:

- **Objetivo general**

- ✓ Establecer si el tratamiento legal de la libertad reproductiva es compatible con el régimen legal de protección de los derechos del niño en el Perú.

- **Objetivos específicos**

- ✓ Establecer si el concepto de paternidad responsable constituye un límite para el ejercicio de la libertad reproductiva en el Perú.
- ✓ Explorar y comprender el ámbito de protección jurídica de la libertad reproductiva en el Perú y las acciones emprendidas para cumplir el mandato constitucional de promoción de la paternidad y maternidad responsables.
- ✓ Determinar si el ejercicio ilimitado de la libertad reproductiva contraviene el régimen de protección legal del niño en el Perú.

Sobre la base de los problemas y objetivos mencionados, constituyen proposiciones que se buscará sustentar:

- **Hipótesis general**

- ✓ El tratamiento legal de la libertad reproductiva en el Perú es incompatible con el régimen legal de protección de los derechos del niño.

- **Hipótesis específicas**

- ✓ La paternidad responsable constituye un límite al ejercicio de la libertad de procrear, dado que impone al que lo ejerce a tomar en cuenta las obligaciones derivadas del acto reproductivo.
- ✓ El ordenamiento jurídico peruano reconoce la libertad reproductiva de manera ilimitada. Se plantea la paternidad responsable sólo como una sugerencia para los ciudadanos, mas no como un deber inherente a la libertad reproductiva humana.
- ✓ El ejercicio ilimitado de la libertad reproductiva contraviene el régimen legal de protección de los derechos del niño en el Perú.

- **Justificación e importancia**

La realización de este trabajo se justifica por ser uno de los primeros estudios destinados a explorar y sistematizar el contexto jurídico-legal de la

libertad reproductiva en nuestro país y, especialmente, sobre el problema del ejercicio irresponsable de la misma. Como hemos venido señalando previamente, la paternidad irresponsable viene generando un grave daño a los intereses de los menores en nuestro país, condenándolos a una vida no acorde al principio de dignidad establecido en la Constitución Política del Estado, sin embargo, desde la Ciencia del Derecho no existe un pronunciamiento expreso y claro sobre esta cuestión, dejando un vacío que corresponde ser analizado y cuestionado sobre la base de fuentes e instituciones propias de nuestra disciplina.

En ese sentido, se hace imprescindible analizar, entender y explicar la importancia de la procreación responsable desde una posición legal y constitucional, a fin de contar con sustento normativo que permita rechazar y combatir frontalmente el abuso en el ejercicio de la reproducción, reconociendo el derecho de los niños a nacer en un ambiente familiar sano y libre, y, al mismo tiempo, poniendo un límite a las personas que actualmente vienen ejerciendo la procreación de una manera irresponsable y despreocupada, sin la más mínima consideración por los derechos de los niños que van a nacer.

- **Delimitación del ámbito de investigación:**

Es necesario aclarar que, si bien el contenido de la investigación parte de situaciones reales y perceptibles en la sociedad peruana como son los casos de paternidad irresponsable y su impacto en los menores de edad, el análisis del problema se efectuará desde un punto de vista teórico-normativo, dada la naturaleza subjetiva y doctrinal que posee el tema. Esto significa que sólo en la medida de lo necesario se recurrirán a datos cuantitativos y estadísticos, orientándose más bien la investigación a hacer un estudio interpretativo de las normas jurídicas que tratan el tema propuesto.

Por otra parte, la investigación sólo pone su atención en el estudio del ejercicio natural de la procreación, es decir, aquellos actos tendientes a la concepción y nacimiento de una persona, derivados de la práctica sexual convencional. Así, quedan excluidos de este trabajo los procesos de reproducción artificial o asistida que, si bien también se encuentran relacionados con el tema en mención, ya han sido objeto de numerosos estudios en nuestro país, además de que todavía no poseen una regulación expresa sobre la cual pueda sustentarse una investigación como la nuestra.

En cuanto a los resultados que se pretenden obtener, las conclusiones y sugerencias del trabajo se orientan a la propuesta de normas, políticas y procedimientos dentro del contexto normativo peruano, no debiéndose generalizar las conclusiones a realidades distintas a la nuestra.

- **Viabilidad**

El presente trabajo de investigación es viable en su realización toda vez que no existe impedimento alguno de carácter material o ético para acceder a los datos que servirán de apoyo para la consecución de sus objetivos. En principio, en cuanto al acceso a fuentes teóricas, hemos tenido la posibilidad de acceder a una gran cantidad de información teórica contenida en establecimiento bibliotecarios, así como diversos Bancos de Datos digitales como Scopus, EBSCOhost, SciELO, Dialnet, Science Direct, entre otras, disponibles para la investigación, los mismos que son de gran utilidad considerando la poca bibliografía nacional existente sobre el tema. En cuanto a las normas jurídicas materia de análisis, tampoco existió dificultades para acceder a ellas gracias a las facilidades que prestan hoy en día diversos softwares estatales y particulares que permiten acceder a todo el conjunto ordenado de normas jurídicas peruanas. En adición a ello, cabe agregar que el investigador ha tenido la facilidad de recurrir a aportes teóricos en idioma extranjero, donde el asunto ha sido estudiado de manera más minuciosa y

detallada, lo que permitió cubrir la escasez de fuentes nacionales y regionales sobre el tema en cuestión.

- **Limitaciones:**

Como toda investigación realizada en este país, la principal limitación que ha afectado el normal desarrollo y avance de los temas aquí propuestos ha sido la escasez de recursos económicos y de tiempo necesarios para avocarse a tiempo completo a la ejecución de una investigación con un nivel riguroso de calidad. Ello se debe a que al tener que realizar también otras actividades, menor fue el tiempo que se tomó para tratar de alcanzar los objetivos planteados, así como para ser exhaustivos en la verificación de los mismos, sin embargo, se ha tratado, en la medida de lo posible de superar este obstáculo.

ii. **METODOLOGIA EMPLEADA**

En lo referido a la metodología de la investigación utilizada en el presente trabajo, es conveniente hacer un breve repaso y revisión de las orientaciones epistemológicas que la investigación ha atravesado desde su planteamiento hasta su finalización, explicación que se hace necesaria teniendo en consideración la tradicional orientación metodológica seguida por la Facultad de Derecho de esta Universidad.

En principio, es importante señalar que, debido a que las áreas de conocimiento en el Derecho son tan amplias y diversas, y abarcan información tan variada, profunda, compleja y abstracta, no siempre resulta sencillo encontrar un mecanismo de investigación único y universal aplicable para todos los estudios jurídicos que se deseen realizar. Fernández Flecha, citando a María Elgueta, señala al respecto que aquello que conforma el Derecho, fundamentalmente reglas de conducta y significados para entender esas reglas, se ha venido presentando a los ojos de los juristas como una realidad

dotada de diferentes dimensiones: normativa, axiológica, fáctica e histórica¹. Desde ese punto de vista, tendríamos lo que Fix Zamudio denomina múltiples formas de entender al Derecho, lo que conlleva en las investigaciones jurídicas una variedad de áreas, enfoques, aproximaciones, metodologías y técnicas que responden a cada una de estas; de manera que el Derecho como objeto de estudio de una investigación dogmática puede diferir del Derecho como objeto de estudio de una investigación empírica o axiológica.²

Esto ha sido reconocido y admitido por diversos juristas e investigadores del Derecho, quienes consideran que la metodología de la investigación no puede ser igual para todas las ciencias y mucho menos para la Ciencia Jurídica. Por ello, casi todos consideran conveniente la existencia de un procedimiento de investigación que, sin alejarse de los requerimientos de objetividad y rigurosidad propios de la metodología científica general, se adapte a las características de este campo del conocimiento. Después de todo, el método no es más que un instrumento que emplea el investigador para alcanzar sus fines, debiendo éste adaptarse a las características y peculiaridades de ciencia.

Partiendo de dicha idea, se reconoce que para la Ciencia Jurídica es aplicable una tipología epistemológica que toma en cuenta los siguientes criterios³:

- El **carácter dogmático** o **empírico** de la investigación, es decir, si recurre solo a fuentes documentales o si, además, se recoge información a partir de un trabajo de campo, utilizando herramientas metodológicas de las Ciencias Sociales.
- El objeto de estudio:

¹ FERNÁNDEZ FLECHA, María de los Ángeles; URTEAGA CROVETTO, Patricia; VERONA BADAJOZ, Aarón. “Guía de Investigación en Derecho”. Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2015, p. 19.

² *Ibidem*.

³ *Ídem*, p. 16.

- Si se restringe solo a normas, instituciones y principios jurídicos (dogmática jurídica).
- Si excede el ámbito jurídico (con orientación hacia otras disciplinas: Sociología Jurídica, Antropología Jurídica, Historia del Derecho).
- Si, excediendo el ámbito jurídico, requiere una aproximación interdisciplinaria.

Se reconoce así que, de acuerdo al objeto que el investigador de Derecho desee estudiar, la forma o tipología de investigación, así como las fuentes en las que se basará los resultados, cambiará. Entendemos entonces que si se opta por la investigación de carácter dogmático se asumirá una identidad provista principalmente de normas e instituciones jurídicas y la pregunta se orientará hacia la razón detrás de las mismas. Por otra parte, si se trata de una investigación empírica, el objeto de la investigación será la eficacia de las normas o su grado de concordancia con la realidad. Si, más bien, pretendemos realizar una investigación sobre axiología, el objeto de estudio jurídico estará formado por los valores que subyacen a las normas o los principios jurídicos. De esta manera, *“la investigación jurídica presentará entonces distintas características según sea lo que se investigue”*⁴.

Ahora bien, cabe tener en cuenta que esta variedad epistemológica en el Derecho no es nueva. En realidad, las principales facultades de Derecho e instituciones de investigación de nuestro país y del extranjero reconocen desde hace bastante tiempo que, en la Ciencia Jurídica, la investigación no se ciñe necesariamente a los métodos tradicionales y se orienta, más bien, a una vocación acorde con su propia naturaleza, sin dejar de lado la metodología general.⁵

⁴ Ídem, p. 14.

⁵ La metodología, según Ponce de León Armenta, es el tratado del método, y como tal se clasifica en metodología general y metodología especial. Respecto a la metodología general señala que es la parte de la lógica metodológica que estudia los métodos de carácter general aplicables a dos o más ciencias o a todas en su conjunto. Por su parte, la metodología especial estudia los métodos particulares de los diversos apartados del saber. Así, hay tantas

Sobre esa perspectiva, por lo general, las investigaciones de la Ciencia del Derecho se realizan basándose en la idea de un pluralismo metodológico, que comprende la utilización de una serie de métodos, procedimientos y técnicas que se acomoden a las finalidades del investigador, así como a la naturaleza de los temas o fenómenos a investigar. Entre ellos tenemos el método dogmático, exegético, el sociológico, el funcional, el Análisis Económico del Derecho⁶, entre otros, como técnicas de investigación propias de la Ciencia Jurídica, sin contar con los enfoques amplios como el deductivo, inductivo, cuantitativo, cualitativo, etc., que también se aplican al Derecho, de acuerdo al objeto de estudio, los fines, y las fuentes en que se fundamentarán los resultados.

Lo señalado tiene por objetivo sustentar que la Ciencia del Derecho tiene peculiaridades y características que la diferencian de otras áreas de saber, razón por la cual no es posible efectuar generalizaciones y pretender aplicar el mismo método de otras ciencias a los procedimientos de investigación puramente jurídica. Los conceptos, figuras e instituciones que estudiamos en nuestra disciplina provienen de análisis y fundamentos teóricos, filosóficos, hermenéuticos, exegéticos y de otras fuentes tan subjetivas que no pueden ser equiparadas a los conocimientos de otras ciencias, en las que la experimentación, cuantificación, medición, etc., son instrumentos esenciales para su justificación. Es por ello que decimos que la investigación jurídica no puede ser obligatoriamente igual a las demás.

Ahora bien, habiendo comprendido en líneas generales la noción del concepto de investigación dentro del contexto de la disciplina jurídica, corresponde ahora referirnos a la situación de la investigación en nuestra realidad universitaria. De una revisión de los instrumentos normativos

metodologías especiales como ramas del saber. En PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis. "Metodología del Derecho". Decimotercera edición. Editorial Porrúa, México, 2011, p. 62.

⁶ RAMOS NÚÑEZ, Carlos. "Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento". Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, abril 2007, p. 109.

institucionales podemos advertir a primera vista que nuestra casa de estudios carece por completo de guías de investigación que permitan a los investigadores adoptar un determinado enfoque o método de investigación aplicable específicamente al Derecho. El Reglamento de Grados y Títulos de la UNHEVAL actual, aprobado recientemente en enero de este año 2017 (redactado casi en los mismos términos que el anterior que estuvo vigente desde el año 2007), y el Reglamento General de Investigación del año 2008 se ocupan únicamente de los aspectos administrativos del procedimiento de investigación; por otro lado, la Directiva que aprueba las líneas de investigación para las diversas carreras de la UNHEVAL, solamente hace mención de las diversas áreas en las cuales se investigará, pero no trata expresamente las orientaciones metodológicas derivadas de cada una de aquéllas. Lo mismo sucede en nuestra facultad, donde, a diferencia de otras muchas casas de estudios, no contamos con directivas o reglamentos específicos que versen sobre las cuestiones epistemológicas o los modos de investigación que deben emplearse para los trabajos de naturaleza jurídica.

Ello ha tenido como consecuencia que para la realización de investigaciones diversas, nuestra facultad haya recurrido a la utilización exclusiva del enfoque cuantitativo, el cual se caracteriza, entre otras cosas, por su carácter objetivo, aplicado, numérico, deductivo, que requiere siempre el establecimiento de variables, indicadores, población, muestra, estadística y medición numérica, condiciones no siempre acordes al conjunto de conocimientos que forman parte de la Ciencia del Derecho, tal como se mencionó en la líneas previas.

Los otros tipos específicos de investigación jurídica, que precisamente son los que permiten que el Derecho siga evolucionando y no se confunda con otras ciencias no existen en nuestra Facultad y, en adición a ello, se ha desviado la atención más a los aspectos metodológicos formales que al contenido mismo de lo que se desea aportar.

Ello es lo que sucedió inicialmente con este trabajo. Cuando se emprendió el planteamiento del problema y, luego, la elección de un enfoque metodológico que permita alcanzar los objetivos buscados, se consideró correcto arrancar la investigación de acuerdo a las características y peculiaridades del enfoque cuantitativo, es decir, una búsqueda obligatoria de datos cuantificables, numéricos y estadísticos que apoyen las hipótesis propuestas, mediante la utilización del método deductivo y la medición de variables e indicadores.

Sin embargo, una vez comenzado con el desarrollo de la investigación y habiendo llegado el momento de materializar y llevar a campo los instrumentos de recojo de datos, esencialmente encuestas y entrevistas de campo, nos dimos con la sorpresa de que las variables e indicadores que se habían pretendido medir contenían proposiciones cuya naturaleza subjetiva hacía difícil ejecutar la investigación. En primer lugar, conceptos como el abuso en el ejercicio de los derechos, interpretación de cláusulas constitucionales, así como límites y restricciones de derechos fundamentales, poseían ámbitos de interpretación tan abstractos que difícilmente podían ser sometidos a cuantificación. En adición a ello, no existían en el medio datos objetivos que permitan establecer parámetros de medición de estos conceptos. Y lo que, finalmente, ponía en casi total imposibilidad material de poner a prueba el plan de tesis era que los datos para establecer la Población y Muestra, de acuerdo a los lineamientos expresados en la mayoría de textos de Metodología de la Investigación (obligatorios para dotar de confiabilidad y rigurosidad el estudio), excedían por completo las posibilidades del investigador.

Dicho escenario supuso un estancamiento en el avance de la investigación y el retraso del cronograma preestablecido para la culminación de trabajo, periodo en el cual se procuró adaptar el tema de investigación a escenarios más fácticos que jurídicos para que pudiera aplicarse la

metodología acogida en un principio. Sin embargo, como resultado de ello, se arribó a contextos problemáticos mucho más complicados o que no eran los que se buscaban comprender y resolver mediante la investigación. Es decir, se estaba forzando el tema a unas condiciones metodológicas que no eran adecuadas conforme a los objetivos originales del estudio.

A fin de solucionar tal inconveniente, se optó por indagar sobre otros enfoques de investigación que permitan materializar y desarrollar el problema planteado y se llegó a la información referida previamente, que dejaban entrever la posibilidad de emplear otro procedimiento de investigación distinto al que se solía emplear en esta Facultad, pero que permitía alcanzar resultados más acordes a los que se quería responder. En atención a ello se tomó la decisión de modificar el planteamiento inicial del Proyecto de Tesis, no en el tema, sino en el aspecto metodológico, a partir de una perspectiva más acorde a la naturaleza dinámica y múltiple de la investigación en la Ciencia del Derecho.

En ese sentido, siendo el objetivo del trabajo realizar un análisis del marco normativo de una realidad humana, recurriendo para ello al examen de los motivos, contenido y alcances de las normas correspondientes, el estilo de investigación que se ha visto conveniente adoptar es el de la investigación jurídico dogmática⁷, jurídico doctrinal⁸ o doctrinal legal⁹, en un nivel hermenéutico, es decir, aquella que involucra la utilización del razonamiento dogmático hermenéutico de enunciados legales a partir de situaciones concretas para alcanzar una regla general¹⁰. De esta manera, ponemos la

⁷ *Ídem*, p. 112.

⁸ SÁNCHEZ ZORRILLA, Carlos. "La Metodología en la Investigación Jurídica. Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho." En Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 14, 2011, p. 336. Disponible en: www.rtfed.es/numero14/11-14.pdf (Consultado 12/12/2016)

⁹ CHYNOWETH, Paul. "Legal Research". En "Advanced Research Methods in the Built Environment". Editado por Andrew Knight y Les Ruddock. John Wiley & Sons. University of Salford. Reino Unido, 2008, p. 29. Disponible en línea en: http://www.csas.ed.ac.uk/data/assets/pdf_file/0005/66542/Legal_Research_Chynoweth_-_Salford_Uni..pdf (Consultado 10/12/2016)

¹⁰ *Ídem*, p. 33.

norma jurídica como objetivo de nuestro estudio, pero queda claro que este es un objeto inteligible y que no podemos llegar a su conocimiento sino a través de la observación y la elaboración de los actos.¹¹

A mayor abundamiento sobre la Dogmática Jurídica podemos manifestar que su objeto de estudio son las normas positivas, instituciones o conceptos jurídicos que emanan de distintas fuentes del Derecho, como la jurisprudencia, la costumbre, etc. las que, a su vez, son fuentes de la investigación, como la doctrina jurídica. Utiliza técnicas y herramientas documentales, no empíricas.¹² Además, busca que el público lector, a partir de la explicación de las ideas alcanzadas, se vea persuadido a encontrar una solución al problema planteado, para lo cual, se provee de un marco teórico y legal exhaustivo que nos permita responder a las interrogantes que nos hemos planteado.

En tal virtud, atendiendo al propósito, naturaleza de los temas a analizar y de los datos a recabar y considerando, además, una preferencia por la utilización de un enfoque inductivo más que del deductivo, podría decirse que esta investigación concuerda y se asemeja más a un enfoque cualitativo, dado que reúne las siguientes características:

- Su interés se centra en el estudio de interpretaciones y significado de las acciones humanas y de la vida social.¹³
- Se basa en un método de recolección de datos sin medición numérica como las descripciones y observaciones. Ello significa que el estudio recolecta información mediante técnicas que no pretenden medir ni asociar las mediciones con números, tales como observación no estructurada, revisión de documentos, análisis semántico, etc.¹⁴

¹¹ RAMOSNÚÑEZ, *óp. cit.*, p. 116.

¹² FERNÁNDEZ FLECHA, *óp. cit.*, p. 18.

¹³ BARRIENTOS GUTIERREZ, Pedro. "La Investigación Científica. Enfoques metodológicos". Editorial UGRAPH S.A.C. Lima, 2006. Pág. 72.

¹⁴ *Ibidem.*

- El fenómeno de interés es muy difícil de medir o no se ha medido anteriormente (deficiencias en el conocimiento del problema).¹⁵
- Las variables no están controladas ni manipuladas (de hecho, inicialmente no definimos variables, sino conceptos generales).¹⁶
- Se acerca más a una realidad subjetiva, como es el ámbito de las normas jurídicas.¹⁷
- Se aplica una perspectiva inductiva antes que deductiva, ya que busca que se traten primero los casos y que se lleguen a las generalizaciones teóricas después.¹⁸

A manera de síntesis, el objetivo de este trabajo es efectuar un análisis del problema del ejercicio irresponsable de la procreación desde un punto de vista hermenéutico, lo cual comprende la observación y descripción teórica-normativa de las figuras que forman parte del estudio en un contexto delimitado que es el ordenamiento jurídico peruano. Es necesario señalar que optar por este enfoque de investigación supone la adopción de un procedimiento distinto al que se acostumbra emplear en nuestra facultad. Así, los conceptos nivel y diseño de la investigación, así como la obligatoriedad de establecer variables e indicadores quedan descartados, por cuanto éstos solo se aplican a investigaciones de enfoque cuantitativo y naturaleza aplicada.

Respecto a este último punto, a propósito del cambio de enfoque metodológico realizado, Ramos Núñez señala:

“(...) [E]l uso de las variables en el campo de las investigaciones jurídicas, es pertinente cuando se trata de trabajos de campo, a saber, la medición de la población penitenciaria, el establecimiento estadístico de la violencia, etc. El uso de variables en investigaciones de índole

¹⁵ HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar. “Metodología de la Investigación”. Sexta Edición. Editorial Mc Graw Hill. México 2014, pág. 364.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ *Ídem*, p. 24.

¹⁸ RAMOSNÚÑEZ, *óp. cit.*, p. 74.

dogmático, filosófico, histórico es un despropósito, si las mencionamos aquí no es sino ante el requerimiento de estudiantes y maestros cuyas respectivas facultades o escuelas de post grado las exigen, marcados por un positivismo inmaduro, con urgencia evangélica, (...). En realidad, los trabajos serios de metodología de la investigación no se ocupan de las variables y hacen bien. Podría decirse que la idea de incluir variables explícitas son el Cabo de Hornos de la Investigación Científica. Será entonces uno de los modos de naufragar en el empeño.”¹⁹

Debemos indicar que si bien no existen investigaciones previas con esta orientación metodológica en la Facultad de Derecho de la UNHEVAL, ello no constituye un impedimento para la realización de ésta, dado que no existen normas en esta institución que prohíban ni restrinjan la posibilidad de emplear métodos distintos a los ya conocidos, más aún cuando éste se acopla perfectamente a la naturaleza especial de nuestra disciplina, además del hecho de que existe una preferencia nacional e internacional a adoptar este tipo de estudios, sin desmedro de los otros enfoques que también se pueden utilizar.

Ahora bien, por otra parte, la línea de investigación que se emplea para este trabajo, de acuerdo a las directivas de la UNHEVAL, se sitúa en el campo del Derecho Constitucional, comprendiendo las áreas referidas a la Protección jurídica de los derechos fundamentales, Interpretación jurídica e interpretación constitucional, incluido también conocimientos del Derecho de Familia, como es la protección legal del niño y adolescente.

La recolección de los datos para la presente investigación se ha realizado fundamentalmente mediante técnicas documentales o

¹⁹ *Ídem.*, p. 140-141.

bibliográficas, que comprenden estudios teóricos previos sobre el tema sujeto a estudio, como fuentes normativas relacionadas con el mismo:

- a. Técnicas de recojo de información documental o bibliográfica:
 - Análisis documental.
 - Análisis de contenido.
 - Fichaje.
- b. Instrumento de investigación documental.
 - Fichas de investigación o documentación.
 - Fichas de registro o localización.

El procesamiento de los datos, de acuerdo al enfoque empleado, supuso en principio proporcionarles una estructura, dado que estos generalmente se presentan dispersos (organizándolos en unidades y categorías), luego, describirlos; descubrir los conceptos, categorías, temas y patrones presentes en los datos, así como sus vínculos, a fin de otorgarles sentido; interpretarlos y explicarlos en función del planteamiento del problema; comprender en profundidad el contexto que rodea a los datos; reconstruir hechos e historias; vincular los resultados con el conocimiento disponible y generar una teoría fundamentada en los datos.²⁰

Finalmente, para el análisis de las fuentes normativas, se han empleado diversas técnicas de interpretación legal, principalmente las siguientes:

- El método literal, que denota una lectura apropiada y convencional del texto jurídico mientras que su aplicación no sea absurda o anacrónica.²¹

²⁰ HERNÁNDEZ SAMPIERI, *óp. cit.*, p. 418.

²¹ RAMOSNÚÑEZ, *óp. cit.*, p. 158.

- El método teleológico, que pretende identificar la finalidad para la cual fue emitida o aprobada la norma.
- El método de la *ratio legis* o método lógico, consistente en la búsqueda de la razón de ser de la ley o el espíritu de la norma.²²
- El método sistemático, que consiste en determinar qué quiere decir una norma, atribuyéndole los principios o conceptos que están descritos con mayor claridad en otras normas, pero que no están expresados en el texto normativo que se quiere interpretar.²³
- Entre otros métodos de interpretación aceptados en la práctica jurídica convencional.

iii. **ESTADO DE LA CUESTIÓN**

El estado del arte (*State-of-the-art*), conocido también como el estado de la cuestión, se define como la etapa o fase de desarrollo en la que se encuentra un problema u objeto que se procede a estudiar. En el desarrollo de las investigaciones cualitativas como la nuestra, esta figura se identifica como la revisión de otros estudios que hayan tratado sobre el tema en cuestión o sobre temas similares, para comprender el más reciente desarrollo de las ideas sometidas a análisis.

En este caso, de una minuciosa revisión del material bibliográfico al que se tuvo acceso, se ha percatado que las fuentes documentales que han tratado sobre el tema de la reproducción, específicamente desde la perspectiva del Derecho, son escasas en nuestro país. Una rápida mirada al Registro Nacional de Trabajos de Investigación, a cargo de la Superintendencia Nacional de Educación Superior Universitaria (SUNEDU), nos indica que las pocas investigaciones jurídicas realizadas sobre dicho tema se han encargado de abordar dicho fenómeno pero con un enfoque orientado

²² *Ídem*, p. 161.

²³ *Ídem*, p. 168.

a nuevas técnicas de reproducción asistida y maternidad subrogada, así como su inclusión en nuestro marco jurídico, pero no sobre la reproducción convencional *per se* y mucho menos como derecho fundamental pasible de ser limitado en base a su ejercicio irresponsable, que es lo que buscamos en este trabajo. Ya anteriormente, en la parte referente a la delimitación del problema de investigación, mencionábamos que, si bien tales investigaciones guardan cierta relación con nuestro tema, su ámbito de trabajo y el enfoque utilizado tiene otra finalidad a la que se busca en nuestro caso. Es por tal razón que de tales trabajos solamente se han tomado en consideración los aspectos relacionados con la evolución y asimilación en la legislación peruana de los derechos sexuales y reproductivos, así como el marco legal de protección de la salud reproductiva.

Uno de los pocos estudios nacionales donde se ha abordado someramente la posibilidad de establecer límites al derecho o libertad de procrear es el artículo denominado “Procreación y derechos humanos. La libertad para procrear en el ordenamiento jurídico peruano”, artículo breve que se ha tomado en consideración en más de una ocasión en el desarrollo de este trabajo. No obstante, el abordaje que se hace ahí sobre los límites de la facultad de procrear está también relacionado con los procedimientos de reproducción asistida, por lo que es bastante restringida su contribución a esta tesis.

Otros bancos de datos digitales tampoco nos han brindado mayores luces sobre el tema. Mucho menos ha sido el aporte de las obras nacionales consultadas, a las cuales solo se ha recurrido para sustentar instituciones propias de la Teoría General del Derecho, como son el Abuso del Derecho, los Límites de los Derechos Fundamentales y la Protección Legal del Niño y su interés.

En atención a tales circunstancias, mucho del desarrollo teórico que se ha tenido en consideración para fundamentar el problema específico y

conocer sus antecedentes ha sido traído de la literatura internacional. Durante el desarrollo del Proyecto de Investigación se citaron algunas investigaciones emprendidas a nivel latinoamericano como las tesis: “El Contrato de maternidad subrogada o de alquiler: ¿Ejercicio Legítimo del derecho a procrear o atentado a la dignidad?” (Chile) y “La importancia de crear una ley de paternidad responsable y necesidad social” (Guatemala). Cada una de ellas plantea el fenómeno de la reproducción humana como un problema legal, desde la perspectiva de su legislación nacional propia. En la primera se analiza exhaustivamente el marco teórico del poco conocido derecho a procrear y cómo se invoca éste en la búsqueda del reconocimiento legal de los contratos de maternidad subrogada en Chile. Por otra parte, en el segundo trabajo, mediante un matiz más social que jurídico se explican las consecuencias del ejercicio irresponsable de la paternidad dentro de la sociedad guatemalteca, ante la falta de una norma que controle y sancione la reproducción en ese país. En adición a las citadas investigaciones, “Una teoría de la procreación responsable (*A theory of responsible procreation*)” (EE.UU.) y “La paternidad como privilegio: Las tensiones culturales de reproducción aceptable” (*Parenthood as privilege: The cultural tensions of acceptable reproduction*) (EE.UU.), nos ofrecen un acercamiento ético a la reproducción, sosteniendo que la paternidad es uno de los papeles más relevantes y fundamentales que los adultos adopten, por lo que se discute si es necesario contar con una ética de la procreación, a partir de la cual los potenciales y futuros padres deben cuidar o preocuparse de las vidas que sus posibles o potenciales hijos futuros sean capaces de vivir. Así como éstas, tenemos otras investigaciones que, siguiendo esa misma línea de trabajo, se enfocan en develar la importancia de la paternidad responsable, pero muy pocas de ellas son de acceso libre al público en general.

Otros enfoques y perspectivas sobre el tema se presentan con mayor abundancia y accesibilidad en las publicaciones contenidas en diversas

revistas científicas y jurídicas de investigación. En ellas, la tendencia existente actualmente sobre los derechos de la reproducción o derechos reproductivos se sustentan en los textos internacionales que los reconocen como son la Convención contra la eliminación de toda forma de discriminación contra la Mujer y los Planes de Acción de El Cairo y Beijing (que también se analizarán en este trabajo), empero la discusión final siempre se circunscribe a lo que su legislación interna (constitucional y legal) establece. Así, el abordaje de los derechos reproductivos y su posible limitación se efectúa en base a las fuentes legales y normativas propias de cada legislación.

Lo que se puede identificar del problema en cuestión, entonces, es que atraviesa actualmente por un estado de revisión local, el cual se caracteriza por la elaboración de trabajos que toman en cuenta un marco bibliográfico y normativo local y/o regional, cuyos aportes guardan relación en cuanto a la base normativa internacional, empero, varían en su fundamentación cuando recurren a su ley interna. Vale decir, no contamos con marcos teóricos de aplicación internacional, aparte de los dispositivos supranacionales precitados.

Se concluye entonces que el problema sometido a investigación es novedoso en nuestra disciplina. Tanto a nivel nacional como internacional, no existe un estudio igual o altamente parecido al que nos hemos planteado investigar. Si bien es cierto que existen antecedentes teóricos que han revisado la protección jurídica de la reproducción humana y el interés del niño en esa actividad, la naturaleza de ellas se aleja de nuestro tema tanto en el enfoque que se le otorga (especialmente dirigido a las técnicas de reproducción asistida y a la institución de la maternidad subrogada), como en las fuentes en que se sustentan, las cuales se encuentran conformadas especialmente de normas legales de alcance interno, que no necesariamente se aplica en otros contextos.

Especial mención merece la gran cantidad de textos que hablan sobre la reproducción a partir de una base sociológica y demográfica, donde reiteradamente y en más de una ocasión se ha propuesto la idea de controlar la capacidad procreativa de las personas. Son relevantes en este caso, las teorías que propugnan el control de población. Sin embargo, estas aproximaciones teóricas poco o nada aportan al estado de la cuestión de nuestro caso, puesto que ningunas de ellas (salvo muy excepcionalmente) son fuentes del Derecho que nos permitan llegar a postular proposiciones de validez jurídica.

Así las cosas, el derecho a procrear y sus límites, el significado e importancia de la paternidad irresponsable y el interés del niño en su ejercicio, son problemas que no han sido tratados expresamente hasta ahora dentro de nuestra ciencia. Un análisis retrospectivo del estado de la cuestión nos lleva necesariamente a entender la importancia de una investigación como ésta, especialmente dentro del ámbito legal peruano.

Siendo ello así, presentamos a continuación los resultados de esta larga y no tan fácil tarea, invitando al lector a comprender y perdonar las posibles imprecisiones o incertidumbres que pueda advertir, debiéndose tener en cuenta que al ser éste uno de los primeros trabajos que se realizan en nuestro país sobre el tema en cuestión, no se puede, desde ya, entrever un entendimiento ni una solución completa. Somos conscientes, en ese sentido, de que las afirmaciones y proposiciones que se presentan a continuación son completamente perfectibles y que requieren, en algunos puntos, de una mayor fundamentación teórica y legal; no obstante, se ha puesto el mayor esfuerzo posible en culminar un trabajo con un grado aceptable de rigurosidad y confiabilidad, por lo que esperamos que satisfaga sus expectativas y, al mismo tiempo, constituya el inicio de futuras investigaciones que puedan seguir ahondando y buscando mejores soluciones jurídicas para el problema de la paternidad irresponsable y sus terribles consecuencias en la sociedad.

**CAPÍTULO I: REPRODUCCIÓN HUMANA Y LIBERTAD DE
PROCREAR**

1. LA PROCREACIÓN O REPRODUCCIÓN HUMANA

1.1. Precisiones terminológicas

La Real Academia de la Lengua Española define el término procreación²⁴ como la acción y efecto de procrear²⁵, verbo este último que, a su vez, involucra la conducta, ya sea de una persona o de un animal, destinada a engendrar un individuo de su misma especie²⁶. En ese mismo sentido, respecto de los términos *reproducción*²⁷ y *reproducir*²⁸, la señalada academia lingüista también hace alusión al acto de generación de un nuevo ser de la misma especie y características que el que lo engendra, empero, ampliando su ámbito de aplicación no sólo a animales y personas, sino también a otros seres vivos (tales como plantas y otros organismos vivos).

Lo señalado nos permite deducir a primera vista que los verbos reproducir y procrear, así como los sustantivos procreación y reproducción son, en esencia, similares y aunque los conceptos reproducir y reproducción poseen un campo de aplicación más amplio que el de procreación y procrear, todos ellos son aplicables perfectamente para el género humano.

Sin perjuicio de lo señalado, desde un punto de vista etimológico, el término procreación se acercaría un poco más a la especie humana que el de reproducción. Ello se observa de la traducción francesa que se hace de la palabra latina *procreatio* o *procreacionis*, la misma que tiene como equivalente: *l'action de produire*²⁹, es decir, la acción de producir; en tanto, el verbo *procreare* es definido en dicho idioma como: *engendrer des enfans*³⁰ que

²⁴ Página web de Real Academia de la Lengua Española RAE. www.rae.es. (Consultado 25/08/2016).

²⁵ La palabra procreación se compone del prefijo “pro”= llevar adelante y “creare” = crear o engendrar.

²⁶ RAE, *óp. cit.*

²⁷ *Ídem*. Acción y efecto de reproducir o reproducirse.

²⁸ *Ídem*. Dicho de los seres vivos: Engendrar y producir otros seres de sus mismos caracteres biológicos.

²⁹ SOBRINO, F. “Sobrino aumentado o Nuevo Diccionario de las lenguas española, francesa y latina: con un diccionario abreviado de Geografía, en donde se hallan los nombres de los Reynos, de las ciudades, de los mares y Ríos del Mundo” Nueva edición, aumentada de un suplemento”. Tomo Primero. Parte II. En León de Francia: por J.B. Delamollere, 1791, p. 299. Disponible en el Archivo Digital de la Universidad Complutense de Madrid: <https://hdl.handle.net/2027/ucm.5320301089>. (Consultado 25/08/2016).

³⁰ *Ibidem*.

significa engendrar niños. De lo citado se entiende que la procreación, al menos en sus orígenes y en otras líneas lingüísticas como la francesa posee una inclinación más marcada hacia la generación y producción de nuevos seres humanos, mientras que la reproducción, si bien también apunta también a fin similar, su campo de acción conceptual es más amplio y abarca todas las especies de seres vivos.

Ciertamente, lo señalado es solamente una precisión conceptual y carecerá de toda utilidad práctica en el caso que se utilice el adjetivo “humano” (procreación humana y reproducción humana), empero, atendiendo a que la literatura revisada tiene cierta inclinación o predisposición por el uso de la palabra procreación *per se* (sin el adjetivo humano) para el tema que se procederá a discutir, la investigación también seguirá esta línea teórica, sin perjuicio de emplear ambos términos indistintamente, conforme a lo que se ha señalado.

En cuanto al contenido de los conceptos mencionados, no siendo objetivo de este estudio entrar a analizar minuciosamente las características y propiedades inherentes a este acto, en líneas generales podemos señalar que al hablar de procreación o reproducción humana nos referimos al equivalente humano a la reproducción animal, es decir, aquel acontecimiento, iniciado biológica o artificialmente, que tiene como resultado el nacimiento de otros individuos de la misma especie, pero que, al estar referido a las personas, posee una connotación especial, más amplia y compleja, de acuerdo con la naturaleza única y especialísima del género humano.

En adición, el proceso reproductivo comprende un amplio conjunto de apreciaciones, especialmente desde el punto de vista biológico y médico, desde los cuáles se define la reproducción o procreación humana como el proceso natural, biológico y sistémico del acto de concepción, formación y nacimiento del nuevo ser. Sin embargo, para los efectos de esta investigación, nos importa especialmente comprender la atención que se ha puesto sobre

este tema desde las ciencias sociales, lo cual, precisamente, se explicará a continuación.

1.2. La procreación como fenómeno social

La procreación o reproducción humana ha sido y sigue siendo un tema de marcada importancia dentro de todas las sociedades, debido, entre otras cosas, a su vinculación con el ejercicio de la sexualidad, así como por constituir el acontecimiento principal que precede al origen a la vida humana, y por el ende, a la perpetración de nuestra especie.

Reyes Monjaras³¹ señala que la procreación no sólo debe ser considerada como un asunto individual, sino como uno de naturaleza social, porque se da necesariamente en un entorno social. Considera además que la procreación permite prolongar la trascendencia de una persona y demostrar a la sociedad la capacidad reproductora de un individuo o fertilidad de una pareja. Es decir, se trata de la confirmación de nuestra trascendencia, de que podemos crear vida y, a través de ella, prolongar la nuestra. De esta manera se acentúa la influencia de las costumbres, ideas y tradiciones de la sociedad en la que se desenvuelve una persona sobre el ejercicio de su sexualidad. En este sentido, cabe resaltar la dependencia del hombre respecto de la sociedad como un factor evidentemente trascendente en el desarrollo y evolución de la humanidad.

En esa misma línea de argumento, Blásquez Rodríguez explica que la reproducción humana ya no puede ser considerada como un asunto meramente biológico, sino que es una actividad social que está determinada por diferentes condiciones como son políticas, materiales y socioculturales, que establecen un modelo de atención basado en una ideología de la

³¹ REYES MONJARAS, María Elena. “Naturaleza Jurídica de la Reproducción Humana en Mujeres Solas”. En Revista UNACAR Tecnociencia. Enero-junio 2008. Revista arbitrada de la Universidad Autónoma del Carmen, México, p. 3. Disponible en: <http://www.unacar.mx/contenido/tecnociencia/tecnociencia2/contenido2.pdf> (Consultado 04/12/2016).

reproducción que dota de significación a todos sus elementos como el embarazo, parto, puerperio y produce unas determinadas ideologías de la maternidad y la paternidad³².

En efecto, concordando con las opiniones citadas, consideramos que el proceso de reproducción humana debe ser entendido como el acontecimiento que marca el inicio de una serie compleja de acontecimientos que involucran no solamente a los padres que trajeron a la vida a un nuevo ser, sino también a éste mismo, a la sociedad en su conjunto y al mismo Estado, los mismos que juegan un rol central luego de la procreación en la medida que formarán al futuro individuo que formará parte de esa sociedad. Estas circunstancias han permitido que el fenómeno de la reproducción no sea visto solamente como un acto o proceso biológico, sino, también, y esencialmente, como un fenómeno social que merece la atención de la sociedad y el Estado.

Es por ello que la citada autora refiere que desde esa visión amplia y compleja de la reproducción es posible entender la centralidad de este concepto en cualquier sociedad, y la necesidad de su control por parte de las instancias que detentan el poder, ya que está en juego a través de cualquiera de sus componentes la perpetuación social.³³

Otros autores como Jonathan Anomaly agregan que la reproducción es un acto social porque el resultado colectivo de nuestras elecciones individuales configura el fondo genético para todas las generaciones futuras y porque los rasgos heredables afectarán a las personas que comparten un entorno común. Respecto a este entorno común admite que éste incluye no sólo el aire que respiramos y la tierra en que vivimos, sino también la cultura y las

³² BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, María Isabel. “Aproximación a la Antropología de la Reproducción”. Revista de Antropología Iberoamericana. Número 42. Julio-agosto 2005. Madrid, España, p. 4. Disponible en: <http://www.aibr.org/antropologia/42jul/articulos/jul0506.pdf> (Consultado 20/11/2016).

³³ *Ibidem*.

instituciones políticas que compartimos, la tecnología que se crea y transmite a través del intercambio y el tipo de gente que puebla nuestro planeta.³⁴

Ello nos permite comprender que el concepto de reproducción humana ha evolucionado hasta el punto de trascender la mera concepción biológica e individualista que se tenía sobre ella. Ahora se reconoce expresamente que esta conducta es un auténtico fenómeno de la sociedad, en virtud de lo cual la gama de consideraciones que surgen de ella merece la atención de la sociedad en su conjunto.

1.3. Reproducción y sexualidad

Habiendo comprendido la importancia del concepto y el fenómeno de la reproducción dentro de las sociedades y el valor que posee como fuente y origen de la persona humana, es menester en este punto diferenciar las implicancias de dicho concepto respecto de la noción de sexualidad.

Si bien desde los orígenes de la humanidad se ha considerado que ambas figuras, la sexualidad y la reproducción, mantenían un vínculo irrompible, esencialmente por la relación biológica de causa – efecto que siempre ha estado presente entre ambos (la reproducción como finalidad de la sexualidad), sin embargo, actualmente, con el avance de la ciencia y de las tecnologías médicas se puede afirmar con toda seguridad que ambas actividades no siempre se encuentran vinculadas.

Por un lado, con la invención de los métodos de contracepción, las personas han podido independizar su capacidad reproductiva de su libertad sexual, pudiendo ser capaces de gozar esta última, sin necesariamente llegar a procrear. Asimismo, las nuevas técnicas de fertilización *in vitro*, reproducción asistida y figuras nuevas como la maternidad subrogada son hoy

³⁴ ANOMALY, Jonathan. “Public Goods and Procreation”. Monash Bioethic Review 32. Monash University, 2014, Melbourne, Australia, p. 179. Traducción propia. Disponible en línea: <http://philpapers.org/archive/ANOPGA-3.pdf> (Consultado 19/11/2016).

en día procedimientos que obtener descendencia sin necesariamente recurrir a la actividad sexual.

Ahora bien, la aceptación de tal desvinculación no es universal, ya que aún se mantiene y promueve la vigencia de tal vínculo, con énfasis en la función social de las mujeres principalmente por la Iglesia Católica, Apostólica y Romana. Sin embargo, en pleno siglo XXI se luchó para evitar que la fuerte presencia política de posiciones conservadoras como de la iglesia católica, controle y limite la autonomía de los hombres y las mujeres en las decisiones relacionadas con su sexualidad y su reproducción, acentuando la separación entre ambos fenómenos. Si bien la sexualidad cumple la función de perpetuar la especie, hay toda una dimensión del cuerpo humano que se expresa en las prácticas sexuales no reproductivas, que se conoce como erotismo, la misma que se presenta disociada de la reproducción humana.³⁵

Coadyuva lo referido las definiciones elaboradas por la Organización Mundial de la Salud (OMS), que a través de diferentes estudios en el área de la salud sexual, al lado de expertos de la Organización Panamericana de la Salud y otros familiarizados con la materia, desarrolló una serie de conceptos base para el cumplimiento de sus objetivos, entre ellos los de sexualidad y sexo³⁶. Así tenemos que en cuanto al término **sexo** se manifestó que:

“... se refiere a las características biológicas que definen a los humanos como hombre y mujer. Si bien estos conjuntos de características biológicas no son mutuamente excluyentes, ya que hay individuos que poseen ambos, tienden a diferenciar a los humanos como hombres y mujeres. En el uso general en muchos idiomas, el término sexo se utiliza a menudo para significar

³⁵ REYES MONJARAS, *óp. cit.*, p. 4.

³⁶ Página web de la Organización Mundial de la Salud (OMS). “Sexual and Reproductive Health. Defining Sexual Health”. Disponible en: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/ (Consultado 24/09/2016).

"actividad sexual", pero para fines técnicos en el contexto de la sexualidad y la salud sexual discusiones, se prefiere la definición anterior."

Mientras que, en relación al concepto de **sexualidad**, se señaló:

"... Un aspecto central del ser humano durante toda la vida que abarca el sexo, las identidades y los roles de género, la orientación sexual, el erotismo, el placer, la intimidad y la reproducción. Se experimenta y se expresa en pensamientos, fantasías, deseos, creencias, actitudes, valores, conductas, prácticas, roles y relaciones. Si bien la sexualidad puede incluir todas estas dimensiones, no todos ellos son siempre experimentados ni expresados. La sexualidad está influida por la interacción de factores biológicos, psicológicos, sociales, económicos, políticos, culturales, legales, históricos, religiosos y espirituales".

De acuerdo a las definiciones que con voz autorizada ha elaborado el mencionado organismo internacional, vemos que en el plano científico la sexualidad ya no se encuentra exclusivamente ligada a la reproducción, sino que ha incluido una serie de factores adicionales como el erotismo, la intimidad, el placer sexual, etc., a través de los cuales la persona pueda adquirir una plenitud individual independientemente de su deseo de procrear.

Ciertamente, la reproducción biológica a través de la práctica sexual convencional todavía sigue siendo el principal método empleado por las parejas para poder procrear y permitir la sobrevivencia y la continuidad de la vida social de la especie humana³⁷, empero, para los efectos de este estudio, lo que cabe entender es la mayor autonomía alcanzada por ambos comportamientos, que ya no seguirán siendo dependientes el uno del otro.

³⁷ VIVEROS C., Licer. "Perspectiva sociológica de la sexualidad hacia el año 2000". Revista de Sociología, n. 3. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1988. Pág. 10. Disponible en línea: <http://www.revistadesociologia.uchile.cl/index.php/RDS/article/view/27563/29231> (Consultado 14/09/2016).

2. DERECHOS REPRODUCTIVOS

2.1. Protección jurídica de la reproducción humana

Al hablar de protección jurídica se hace expresa referencia a la existencia de un régimen legal de defensa de la reproducción humana. Ello quiere decir que las actividades de reproducción antes definidas, además de ser objeto de estudio tanto en las ciencias biológicas, sociales, psicológicas, etc., también han llamado la atención de la ciencia jurídica, la misma que las ha reconocido como comportamientos de importancia y trascendencia en las relaciones sociales y que, por ende, merecen un tratamiento que las proteja y, además, ampare su correcto ejercicio.

Pérez Martínez señala que la protección jurídica de la reproducción humana surgió en un primer momento asociada al interés del Estado por la regulación del tamaño de la población y, por ende, de la fuerza de trabajo de un país. Este interés del Estado en la regulación de la población no representa un elemento nuevo en la historia de la humanidad, ya que, si damos una mirada por distintos períodos de ella, nos encontramos con que, en cada uno de ellos, de manera más o menos velada, se han utilizado diferentes mecanismos de supervisión o vigilancia del crecimiento de la población. Es más, el autor menciona que le parece erróneo pensar que dicha idea sea un concepto nuevo o reciente, pero entiende que ello se debe a que muchos mecanismos históricos de regulación de la población no son considerados como tales desde nuestra percepción cultural actual. Así, por ejemplo, mientras en la antigüedad el infanticidio y el aborto eran considerados formas legítimas de control de la población, hoy en día ambas son acciones tipificadas en las legislaciones penales del mundo occidental y en caso de que algunas

figuras de aborto sean permitidas, ellas son restringidas y sometidas a determinadas condiciones y requisitos legales.³⁸

Hoy en día, sin embargo, la liberalización de las sociedades, el reconocimiento de ciertos derechos basados en la igualdad, así como en los avances médicos y tecnológicos alcanzados en temas de sexualidad, contracepción y reproducción, ha motivado que dicha protección haya evolucionado, generando una tendencia internacional a reconocer la protección de la capacidad sexual y reproductiva.

Precisamente en mérito a tales acontecimientos, a partir de la segunda mitad del siglo pasado se inició a nivel internacional un proceso de reconocimiento de las libertades sexuales y reproductivas como derechos fundamentales básicos protegiéndose en diversa medida su ejercicio y garantizándose su atención por el Estado.

Es importante considerar que la idea original de un texto o una norma que pudiera reconocer la existencia de derechos reproductivos, se debe en parte a la discusión vigente durante mediados del siglo XX, respecto al tema de la sobrepoblación mundial, los problemas que éste traía, así como las formas en que se pueda paliar este problema.

Sin embargo, ese no era el principal tema que motivaba la preocupación sobre la reproducción. Un asunto, desde nuestro punto de vista más convincente y que permanecía pendiente desde hacía bastante tiempo era la lucha por los derechos de las mujeres, quienes reclamaban una atención especial por parte de la sociedad y el Estado sobre los graves atentados y abusos cometidos impunemente desde la antigüedad contra su sexualidad y su reproducción. Estos esfuerzos promovidos a nivel mundial por grupos de feministas y de activistas jóvenes concientizaron sobre la necesidad de contar

³⁸ PEREZ MARTINEZ, Luis. "Historia de la Población Mundial". Presentación en Power Point. Disponible en línea: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/lperez/puma2122006.ppt#1 (Consultado 06/12/2015).

con normas que protejan los derechos sexuales y derechos reproductivos en los niveles internacional y regional³⁹.

Dentro de ese contexto y gracias al impulso de personajes como John Davison Rockefeller III y otros organismos internacionales, se produce uno de los primeros acontecimientos internacionales que abrieron paso al reconocimiento de los derechos reproductivos. Nos referimos a la Declaración sobre Población por los Líderes del Mundo, firmada por doce Jefes de Estado el año 1966, donde se fijó un consenso en que:

“La mayoría de los padres desean tener el conocimiento y los medios de un plan de sus familias; que la oportunidad de decidir el número y espaciamiento de los hijos es un derecho humano básico”⁴⁰

El año siguiente, 1967, una Declaración similar sería suscrita, esta vez por treinta líderes mundiales, siendo relevante lo declarado por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, U Thant, quien manifestó:

“La Declaración Universal de los Derechos Humanos describe la familia como la unidad natural y fundamental de la sociedad. De ello se desprende que cualquier elección y decisión en relación con el tamaño de la familia deben inevitablemente descansar en la propia familia, y no pueden ser realizadas por cualquier persona. Pero este derecho de los padres para elegir libremente permanecerá ilusorio a menos que ellos sean conscientes de las alternativas abiertas a ellos. Por tanto, el derecho de cada familia a la información y disponibilidad de servicios en el campo es cada vez más considerado un derecho humano básico y como un ingrediente indispensable de la dignidad humana”⁴¹.

³⁹ AHUMADA, Claudia y KOWALSKI-MORTON, Shannon. “Derechos Sexuales y Reproductivos. Guía para Activistas Jóvenes”. The Youth Coalition y Fondo de Población de las Naciones Unidas. Canadá, 2006, p. 11.

⁴⁰ Texto original en inglés disponible en la página web del Departamento de Asuntos Sociales y Económicos de las Naciones Unidas. Traducción propia. Véase: <http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/rights/> (Consultado el 26/09/2016).

⁴¹ *Ídem.*

Del texto citado, podemos conocer la preocupación de los líderes del mundo respecto a un tema tan importante, pero, al mismo tiempo, tan poco atendido como son es libertad de decidir el número y espaciamiento de los hijos, así como la necesidad de éstos de recibir servicios e información sobre las alternativas existentes, a fin de tomar la decisión más conveniente.

En esa misma línea, otro antecedente importante es la Proclamación de Teherán (Irán), emitida como resultado de la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas celebrada en 1986 para examinar los progresos logrados en los veinte años transcurridos desde la aprobación de la Declaración Universal de Derechos Humanos y preparar un programa para el futuro. Es así que en su artículo 16º se declaró solemnemente:

“La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los progenitores tienen un derecho humano básico para determinar libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”.

Del mismo modo, el Plan de Acción de la Población Mundial (*World Population Plan of Action*), adoptado en la Conferencia Mundial sobre Población celebrado en Bucarest (Rumania) en agosto de 1974, se ha referido a los derechos en el ámbito de la reproducción estableciendo en el inciso f) de sus Principios, lo siguiente:

*“Todas las parejas e individuos tiene el derecho básico de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y tener la información, educación y los medios para hacerlo; la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de este derecho toma en cuenta las necesidades de hijos vivos y futuros y su responsabilidad hacia la comunidad”.*⁴²

⁴² Texto original en inglés en la página web de la División de Población de Naciones Unidas, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales, con el apoyo del Fondo de Población de las Naciones Unidas (UNFPA). Traducción propia. Disponible en: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/bkg/wppa.html>. (Consultado 23/09/2016).

Es importante resaltar también la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer realizada en el año 1975, la cual dio lugar a la Declaración de México sobre la Igualdad de las Mujeres y su Contribución al Desarrollo y la Paz, donde se confirmó el principio de igualdad de derechos dentro de la familia y el principio de inviolabilidad del cuerpo humano indicando en su Principio N° 12:

*“Cada pareja y cada individuo tiene el derecho de decidir libre y responsablemente si tener o no tener hijos así como de determinar su número y espaciamiento y tener la información educación, y medios para hacerlo”*⁴³

Si bien los textos hasta ahora citados (que no son todos los antecedentes, sino, los más resaltantes⁴⁴) no constituían por sí mismas normas vinculantes de aplicación obligatoria para la comunidad internacional -dado que únicamente consagraban el consenso de un grupo de Estados y Organismos Internacionales en reconocer las libertades reproductivas como derechos humanos y proponían recomendaciones para su protección- la importancia que poseen es notoria en la medida que desde ya, y sin esperar todavía un acuerdo total de la comunidad internacional en general, establecían las bases para abordar posteriormente los comportamientos citados.

El primer texto internacional que con carácter de vinculante se refiere al tema que venimos tratando es la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (también conocida por sus siglas en inglés CEDAW), aprobada por la Asamblea General de las Naciones

⁴³ FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS; INSTITUTO DANÉS POR LOS DERECHOS HUMANOS Y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO POR LOS DERECHOS HUMANOS. “Reproductive Rights Are Human Rights. A Handbook for National Human Rights Institutions”. Naciones Unidas, 2014, p. 25. Traducción propia. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/NHRHandbook.pdf>. (Consultado 23/09/2016).

⁴⁴ Otras Conferencias realizadas en relación al tema de la reproducción y la población en: <http://www.un.org/es/development/devagenda/population.shtml>. (Consultado 23/09/2016).

Unidas el 18 de diciembre de 1979, en cuyo inciso e) numeral 1) del artículo 16º se estableció lo siguiente:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...”⁴⁵

No obstante, será recién a partir del año 1994, luego de la Conferencia Internacional de Población realizada en el Cairo, que puede emplearse propiamente el término **derechos reproductivos**. El Programa de Acción de El Cairo, adoptado en ese mismo año y que actualmente constituye el documento de trabajo esencial del Fondo de Población de las Naciones Unidas, establecía en su párrafo 7.3. una definición de derechos reproductivos tomando en consideración muchas de las ideas que ya se venían tratando en las décadas anteriores, como se puede apreciar a continuación:

“[L]os derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a

⁴⁵ Texto completo en la página web de las Naciones Unidas: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>. (Consultado el 26/09/2016).

alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia. Como parte de este compromiso, se debe prestar plena atención, a la promoción de relaciones de respeto mutuo e igualdad entre hombres y mujeres, y particularmente a las necesidades de los adolescentes en materia de enseñanza y de servicios con objeto de que puedan asumir su sexualidad de modo positivo y responsable.”⁴⁶

Un año después de la Conferencia Internacional en El Cairo, en 1995, tomó lugar la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres, fruto de la cual se expidió la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, documento que destaca el derecho a la igualdad de acceso y la igualdad de trato de mujeres y hombres en la educación y cuidado de la salud, así como la mejora de la salud sexual y reproductiva de las mujeres. Los párrafos de la Plataforma de Acción referidos a los derechos reproductivos son los siguientes:

“94. La salud reproductiva es un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña

⁴⁶ Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo. Texto Completo en la página web del Departamento de Asuntos Sociales y Económicos de la División de Población de las Naciones Unidas. Traducción original y oficial de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html> (Consultado 27/09/2016).

la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de su elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos. En consonancia con esta definición de salud reproductiva, la atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual.

95. Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo

establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad. La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.(...)⁴⁷

Como vemos, el tratamiento de la reproducción humana en estos últimos textos adquiere una trascendencia y una riqueza de conceptos que son fruto del trabajo coordinado de especialistas y líderes del mundo, además de la evolución de las definiciones que ya se habían venido discutiendo desde varias décadas atrás. Aunque un análisis más detallado será brindado en las líneas que prosiguen, podemos adelantar que las disposiciones precitadas permiten desde ya vislumbrar un ámbito amplio e innovador de protección del acto de reproducción humana. Nociones como la salud sexual, salud reproductiva, libertad y responsabilidad, entre otros, evidencian *prima facie* que la reproducción humana tiene inmensas implicancias en la vida de los seres humanos y que su ejercicio no se agota solamente en el acto de procreación, sino en un conjunto de condiciones que permiten al hombre y a la mujer, en igualdad de condiciones, decidir sobre su reproducción, todo ello conforme al principio de dignidad inherente a la persona humana.

Es pertinente mencionar que estos dos últimos documentos citados, las Plataformas de Acción de Beijing y El Cairo, al haber sido suscritas de manera voluntaria por los Estados del mundo, quienes expresaron su compromiso para cumplir lo acordado, representan, al igual que la Convención CEDAW, un instrumento vinculante para ser invocado por ciudadanos y/u

⁴⁷ Texto completo de la Declaración y la Plataforma de Acción de Beijing en la Página web de la División de las Naciones Unidas: ONU Mujeres (UN Women). Disponible en: www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration. (Consultado 26/09/2016).

organizaciones nacionales e internacionales para exigir su cumplimiento a los Estados que los contravengan.

Lo mencionado es muy importante puesto que en el mundo entero existen divergencias respecto a la aplicación y el reconocimiento a nivel interno de los citados derechos, lo cual depende en gran medida de cuestiones culturales, políticas, sociales, económicas y religiosas. No obstante, por lo general, en los países democráticos, el cumplimiento de estas disposiciones no presenta problemas ni controversias, lo cual se percibe principalmente en la práctica judicial internacional, donde los derechos reproductivos a menudo se encuentran relacionados con otros derechos humanos consagrados en las convenciones, en especial el derecho a la salud, el derecho a la no discriminación, el derecho a la privacidad y la prohibición de los tratos inhumanos o degradantes. Por otra parte, estos derechos son también comúnmente vinculados con los derechos de la mujer, dado que la naturaleza de los derechos reproductivos provoca que la violación de estos derechos ocasione daños en primer lugar a las mujeres.⁴⁸

En esa misma línea, es menester agregar que los derechos reproductivos expresan nuevas dimensiones de derechos tales como la intimidad, la integridad, la libertad (proyecto de vida y libre desarrollo de la personalidad) y la identidad. Son derechos que sólo unos pocos han gozado de manera consistente a través de la historia, ya que decidir libremente sobre el propio cuerpo ha sido, y en muchos casos, sigue siendo, un privilegio de género y de clase.⁴⁹

⁴⁸ KOZLOVSKA, Martha. "Reproductive Rights as Fundamental Rights. The Problems of Legal Protection in Poland" en: Justice in the Russian Federation and Poland: problems of the theory and practice°. Irkutsk State University Press, 2010, p. 94. Disponible en: http://www.academia.edu/1804134/Reproductive_Rights_as_Fundamental_Rights_The_Problems_of_Legal_Protection_in_Poland. (Consultado 27/09/2016).

⁴⁹ SIVERIVO BAVIO, Paula. "Bioética y Sexualidad. Dinámicas y Tensiones a Propósito de Algunos Casos Concretos en América Latina". Disponible en: <http://www.bioetica.org/umsa/bibliografia/Siverino.pdf> (Consultado 05/10/2016).

Como conclusión de todo lo indicado, podemos señalar que los derechos reproductivos constituyen verdaderos derechos humanos inherentes a la condición misma de persona y, como tales, derechos fundamentales de los seres humanos cuyo respeto y cumplimiento debe ser garantizado por los Estados y las sociedades correspondientes.

2.2. Derechos sexuales y derechos reproductivos

La naturaleza de los comportamientos que se protegen bajo la denominación de derechos reproductivos hace que usualmente sean confundidos con los derechos sexuales.

Como ya se ha mencionado en las líneas previas, la sexualidad y la reproducción representan conductas perfectamente diferenciadas. Si bien durante mucho tiempo la idea de sexualidad se encontraba unida con la función procreativa de los seres humanos, ello se ha visto superado con la invención y desarrollo de los diversos métodos de contracepción que permitieron a los seres humanos poder ejercer su sexualidad sin necesariamente procrear.

Desde esa perspectiva, Line Bareiro⁵⁰, afirma que, en efecto, los derechos sexuales y derechos reproductivos abarcan distintos comportamientos y estima que ambos deben ser diferenciados. En principio, respecto a los derechos sexuales, indica, se protege la libertad sexual de la persona, es decir, el derecho a decidir qué es sexualidad o qué no es sexualidad, con quién tener sexo y cuándo; por otro lado, refiere que en cuanto a los derechos reproductivos el bien protegido es la libertad de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos e hijas, así como contar con la información y los

⁵⁰ BAREIRO, Line, “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, Naciones Unidas Alto Comisionado para Derechos Humanos, San José, 2003, Pp. 128-130. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/a12755.pdf>. (Consultado 26/09/2016).

medios para hacerlo. Para mayor entendimiento de lo señalado, realiza la siguiente lista con los derechos que se protegen en cada caso:

A. Derechos Sexuales:

- Información.
- Educación.
- Comportamiento sexual.
- Opción y preferencia.
- Salud sexual.

B. Derechos reproductivos:

- Información.
- Educación.
- Asesoría científica, que no se limita únicamente a la distribución de métodos anticonceptivos.
- Protección y atención al embarazo.
- Protección y atención al parto.
- Lactancia.
- Acceso a métodos anticonceptivos.
- Planificación familiar.
- Fecundidad.
- Aborto.
- Esterilización.
- Atención de calidad.
- Paternidad responsable.

Como vemos, a cada grupo de derechos le es atribuido un supuesto específico encargado de reconocer, defender, permitir o amparar ya sea la conducta sexual o reproductiva, respectivamente.

En esa misma línea, Alda Facio también considera la existencia de diferencias entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos, aunque aclara que no es tan fácil determinar con claridad los límites entre ambos, más

aún cuando se plantean preguntas como a cuál de ambos grupos de derechos le corresponde: ¿gozar de la sexualidad sin obligación de reproducirse o reproducirse sin tener relaciones sexuales?, ¿la educación sexual?, ¿el no ser despedida por embarazo?, ¿el que las mujeres no mueran por causas evitables en razón de parto y embarazo? ⁵¹. Sin perjuicio de ello, lo que sí ha podido establecer es qué derechos formarían parte del grupo de derechos reproductivos, a saber⁵²:

1- El derecho a la vida

- El derecho a no morir por causas evitables relacionadas con el parto y el embarazo.

2- El derecho a la salud

- El derecho a la salud reproductiva

3- El derecho a la libertad, seguridad e integridad personales

- El derecho a no ser sometida a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
- El derecho a estar libre de violencia basada en el sexo y el género.
- El derecho a vivir libre de la explotación sexual.

4- El derecho a decidir el número e intervalo de hijos

- El derecho a la autonomía reproductiva.
- El derecho a realizar un plan de procreación con asistencia médica o de una partera reconocida, en un hospital o en un ambiente alternativo.

5- El derecho a la intimidad

- El derecho de toda persona a decidir libremente y sin interferencias arbitrarias, sobre sus funciones reproductivas.

6- El derecho a la igualdad y a la no discriminación

⁵¹ FACIO, Alda. “Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2008, p. 24. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf> (Consultado 27/09/2016).

⁵² *Ídem*, pp. 26-28.

- El derecho a la no discriminación en la esfera de la vida y salud reproductiva.

7- El derecho al matrimonio y a fundar una familia

- El derecho de las mujeres a decidir sobre cuestiones relativas a su función reproductora en igualdad y sin discriminación.
- El derecho a contraer o no matrimonio.
- El derecho a disolver el matrimonio.
- El derecho a tener capacidad y edad para prestar el consentimiento para contraer matrimonio y fundar una familia.

8- El derecho al empleo y la seguridad social

- El derecho a la protección legal de la maternidad en materia laboral.
- El derecho a trabajar en un ambiente libre de acoso sexual.
- El derecho a no ser discriminada por embarazo.
- El derecho a no ser despedida por causa de embarazo.
- El derecho a la protección de la maternidad en materia laboral.
- El derecho a no sufrir discriminaciones labores por embarazo o maternidad.

9- El derecho a la educación

- El derecho a la educación sexual y reproductiva.
- El derecho a la no discriminación en el ejercicio y disfrute de este derecho.

10- El derecho a la información adecuada y oportuna

- El derecho de toda persona a que se le dé información clara sobre su Estado de salud.
- El derecho a ser informada sobre sus derechos y responsabilidades en materia de sexualidad y reproducción y acerca de los beneficios, riesgos y efectividad de los métodos de regulación de la fecundidad y sobre las implicaciones de un embarazo para cada caso particular.

11-El derecho a modificar las costumbres discriminatorias contra la mujer

- El derecho a modificar las costumbres que perjudican la salud reproductiva de las mujeres y las niñas.

12- El derecho a disfrutar del progreso científico y a dar su consentimiento para ser objeto de experimentación

- El derecho a disfrutar del progreso científico en el área de la reproducción humana.
- El derecho a no ser objeto de experimentación en el área de la reproducción humana.

Del listado se desprende que, si bien la autora se ha limitado a identificar los derechos que forman parte del grupo de derechos reproductivos, al mismo tiempo, de manera tácita, ha establecido que la libertad y la salud sexual no forma parte de ellos, al haberlos excluido de aquélla.

Se suma a este criterio Villanueva Flores, quien, agregando a lo señalado, manifiesta que si bien es cierto ni el Programa de Acción de El Cairo ni la Plataforma de Acción de Beijing han empleado expresamente el término derechos sexuales, esta última en su párrafo 96º de manera subrepticia habría sugerido la existencia de aquéllos, al establecer que: *“los derechos humanos de la mujer incluyen su derecho a tener control sobre las cuestiones relativas a su sexualidad, incluida su salud sexual y reproductiva, y decidir libremente respecto de esas cuestiones, sin verse sujeta a la coerción, la discriminación y la violencia. Las relaciones igualitarias entre la mujer y el hombre respecto de la integridad de la persona, exigen el respeto y el consentimiento recíprocos y la voluntad de asumir conjuntamente la responsabilidad de las consecuencias del comportamiento sexual.”*⁵³

En ese sentido, citando a Alice Miller, añade que la conjunción de los derechos sexuales con los derechos reproductivos ha provocado que los

⁵³ VILLANUEVA FLORES, Rocío. “Protección Constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2008. Pág. 24. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/24841.pdf>. (Consultado 26/09/2016).

derechos sexuales sean considerados como un subconjunto de los derechos reproductivos, aunque con una formulación menos desarrollada⁵⁴, empero, es necesario hacer un esfuerzo por definir los derechos sexuales, con la finalidad de poder diferenciarlos del concepto de derechos reproductivos. Así, opina que los derechos sexuales garantizan que las personas tengan control sobre su sexualidad, la misma que tendría como componentes que deben considerarse protegidos, cuando menos, **la identidad sexual, la orientación sexual, la elección de pareja y la ausencia de actividad sexual coercitiva**. De esta forma, se protegen la actividad sexual no procreativa o no heterosexual y se proscriben la violencia sexual, la mutilación genital, la esclavitud sexual, la prostitución forzada, la discriminación por opción sexual, entre otros.⁵⁵

Un importante aporte que nos permite entender la diferencia entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos lo constituye la posición de la Corte Constitucional de Colombia expresada en la Sentencia N° T-732/09, en el cual, haciendo expresa mención a los instrumentos jurídicos internacionales que sostienen este estudio, además de otras normas de su país, concluye que no es lo mismo hablar de derechos sexuales y reproductivos. Para ello, en principio, dicha corte asegura que la sexualidad y reproducción son dos ámbitos diferentes en la vida del ser humano ya que la primera no debe ser entendida solamente como un medio para lograr la segunda. En tal sentido, sustentándose en tratados internacionales reconoce que los derechos reproductivos protegen la autodeterminación reproductiva y el acceso a servicios de salud reproductiva, a través de los cuales se reconoce, respeta y garantiza la facultad de las personas de decidir libremente sobre la posibilidad de procrear o no, así como, la facultad de acceder a

⁵⁴ MILLER, Alice. “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos». En *Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos*. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. Lima, 2001, p. 87. En Villanueva Flores, *óp. cit.*, p. 25.

⁵⁵ *Ibidem*.

servicios de salud reproductiva, respectivamente. Por otro lado, agrega, los derechos sexuales reconocen, respetan y protegen la libertad sexual y el acceso a los servicios de salud sexual: el primero entendido como la posibilidad de decidir autónomamente tener o no relaciones sexuales y con quién, y el segundo como la facultad de las personas de acceder a servicios de salud sexual.⁵⁶

A partir de lo señalado, consideramos que no es conveniente confundir los conceptos de derechos sexuales y derechos reproductivos, dado que, aunque ambos poseen ámbitos de protección de conductas muy relacionadas entre sí, al mismo tiempo, éstas no tienen la misma naturaleza. Como bien afirma Peláez Mendoza⁵⁷, los derechos del cuerpo en todo lo relativo a la sexualidad y la reproducción abarcan dos principios básicos: el derecho a la atención a la salud sexual y reproductiva, y el derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva. Dicho en otras palabras, así como existen prerrogativas del ciudadano respecto a la protección de su capacidad sexual, que comprenden una serie de mecanismos que garantizan y amparan su ejercicio saludable y libre, al mismo tiempo, también se reconoce las mismas facultades respecto a su capacidad reproductiva, y no se las junta en el mismo grupo como si se tratase de la misma práctica.

Sexualidad y reproducción no son equivalentes entre sí, por ende, los derechos sexuales y los derechos reproductivos, tampoco. Establecer un criterio firme y concreto sobre la diferencia entre ambos, como veremos en las líneas que siguen, nos permitirá identificar con mayor facilidad el ámbito de protección jurídica al que recurrir en caso de controversias que, sobre los temas de sexualidad y reproducción, la vida contemporánea nos plantea.

⁵⁶ Véase la sentencia completa en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>. (Consultado 30/09/2016)

⁵⁷ PELÁEZ MENDOZA, Jorge. "Salud Sexual y Reproductiva de Adolescentes y Jóvenes: Una Mirada Desde la Óptica de los Derechos Humanos". Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, agosto 2008, Vol. 34, N° 2 ISSN 0138-600X, p. 1. Disponible en línea: http://bvs.sld.cu/revistas/gin/vol34_2_08/gin05208.htm.pdf (Consultado 27/12/2016).

2.3. La salud y la libertad reproductiva

Hasta ahora se ha explicado cómo durante el siglo pasado la reproducción humana y el ejercicio de la sexualidad han captado la atención de la comunidad jurídica internacional y han motivado la emisión de Declaraciones, Acuerdos, Planes de Acción y compromisos internacionales diversos con la finalidad de atender los asuntos referidos a sexualidad y la reproducción de las personas en el mundo entero.

Asimismo, hemos apuntado que dicho reconocimiento ha resaltado el papel esencial que desenvuelve la mujer en el ámbito de la reproducción, postulado que parte de la especial situación de vulnerabilidad en la que el género femenino se ubica respecto del hombre debido a su condición biológica de responsable física directa de la procreación, razón por la cual su protección debe ser garantizada en igual, o incluso mayor, medida que la del hombre.

Finalmente, se ha aclarado que aun cuando exista una innegable relación entre los derechos sexuales y los derechos reproductivos, ambos protegen y reconocen prerrogativas distintas y demarcadas. Aquí también se aprovechó en citar una lista de derechos que formarían parte tanto del grupo de derechos sexuales como de los derechos reproductivos.

Corresponde ahora identificar, de conformidad con los textos normativos antes citados, cómo y de qué manera se encuentra compuesto el grupo de prerrogativas conocidas como derechos reproductivos.

Cuando nos ocupábamos de los antecedentes normativos y de las disposiciones vinculantes que sustentan la protección de los derechos reproductivos se llegó a indicar que ellos, en un primer momento, se fundamentaron en la libertad de las familias para decidir respecto al tamaño de la familia, así como al derecho a recibir información para tomar la decisión correcta.

Posteriormente, cuando se alcanzó un mayor grado de evolución y desarrollo como fruto de las distintas reuniones y conferencias internacionales, se comenzó a hablar ya no sólo del tamaño de las familias, sino de la libertad de decidir el número de hijos y el espaciamiento entre ellos. Asimismo, ya no se mencionaba únicamente el tema de la información, sino también de educación reproductiva, atención sanitaria especializada, no discriminación, etcétera.

Desde esa perspectiva, las normas internacionales precitadas orientan su atención y ponen importancia en dos temas sustanciales que rellenan el contenido de los derechos reproductivos.

En primer lugar, tras analizar minuciosamente cada uno de los acuerdos, planes y normas antes citadas, encontramos como primer elemento sustanciador y definitorio en cada una de ellas la utilización de términos tales como *planificación, decisión, elección, libre determinación, adopción de decisiones*, etcétera, todos ellos referidos a la forma y tiempo en los cuales emprender el acto de reproducción.

De otro lado, dichas disposiciones normativas se alinean también en torno al reconocimiento de una serie de prerrogativas como: *atención en salud, educación, información*, entre otras, a través de los cuales el Estado debe salvaguardar la existencia de un contexto armonioso y equilibrado en el cual la persona pueda ejercer su reproducción.

Si bien la Convención CEDAW, ya nos mostraba una diferencia (conforme se explicará en seguida) entre ambos aspectos de los derechos reproductivos, será a través del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo que se podrá identificar de manera expresa los elementos conformantes de los derechos reproductivos. Estos componentes son:

- Derecho de las parejas e individuos para decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos, lo cual incluye la adopción de decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia.
- Disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.

Respecto al primero, este derecho esencial a decidir, planificar, elegir, etc. constituye lo que en la doctrina y la teoría se denomina derecho a la autodeterminación reproductiva, libertad reproductiva, libertad procreativa, etc., términos sinónimos que derivan de los textos normativos antes citados cuando señalan que los derechos reproductivos: “... se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos...”.

De otro lado, en el segundo caso tenemos la obligación estatal de proveer información y los medios y el derecho de alcanzar el nivel más elevado de salud en materia reproductiva, lo cual se encuadra dentro de lo que se denomina salud reproductiva. No debemos olvidar que el concepto salud reproductiva no solamente incluye la ausencia de afecciones o enfermedad. De acuerdo a la definición del mismo efectuado por la Organización Mundial de la Salud, la salud reproductiva consiste en un estado de bienestar físico, mental y social e implica la posibilidad de tener una sexualidad responsable, satisfactoria y segura, así como la libertad de tener hijos si y cuando se desee. Esta concepción de la salud reproductiva supone que las mujeres y los hombres puedan elegir métodos de control de la fertilidad seguros, eficaces, asequibles y aceptables, que las parejas puedan tener acceso a servicios de

salud apropiados que permitan a las mujeres tener un seguimiento durante su embarazo y que ofrezcan a las parejas la oportunidad de tener un hijo sano⁵⁸.

Tenemos entonces dos conceptos esenciales que juegan, cada uno, un rol muy importante en la protección y defensa de los derechos de la reproducción, y materializan un aspecto importante en el objetivo de garantizar a las personas un ejercicio reproductivo digno.

Como sabemos, la persona humana es un ser biopsicosocial, y como tal, el amparo de sus derechos no puede efectuarse solamente desde un punto de vista. Al momento de reconocerse la protección de la libertad de la persona de las influencias violentas, coactivas y discriminatorias al momento de decidir se propende a la satisfacción del lado subjetivo, psicológico, emocional de los individuos o parejas. Solamente una decisión que cumpla con tales requisitos, estará acorde al imperativo de dignidad, dado que la decisión y realización de tan importante evento habrá procedido desde la voluntad misma de la persona, en concordancia con sus valores, objetivos, deseos, metas, intereses, conveniencias, estimaciones, etc. En el plano material, el derecho a la salud reproductiva garantizará que las funciones biológicas del ser humano alcancen el objetivo de la reproducción de la manera más saludable y conveniente posible, fuera de riesgos que pongan en peligro la vida de la madre o de la criatura que va a nacer y, además, con la información más conveniente respecto a las posibilidades, cuidados, opciones respecto a su reproducción.

Conforme a lo indicado, colegimos que la libertad y la salud reproductiva son dos conceptos inseparables, ya que no será posible alcanzar satisfactoriamente el primero, sin haber gozado primero de un efectivo sistema de protección del segundo, y viceversa. No tendría sentido, desde un punto de vista jurídico, gozar de correctos y adecuados servicios de salud para

⁵⁸ Véase página web de la OMS: http://www.who.int/topics/reproductive_health/es/ (Consultado 19/11/2016).

la reproducción, si se permitiese la existencia de coacción o violencia al momento de ejercer ésta. Del mismo modo, tampoco sería concebible que una persona, pudiendo tener la posibilidad de decidir autónomamente sobre ser padre o madre, lo hagan bajo condiciones insuficientes de salubridad, información y educación.

Entendemos entonces que el ámbito de protección de los derechos reproductivos comprende un régimen de amparo integral del ejercicio de la reproducción. Tanto en un plano objetivo como subjetivo, se tiene por objetivo alcanzar el ideal de dignidad en la realización de un acontecimiento tan importante en la vida de las personas. Ambos conceptos son interdependientes entre sí y, por ello, merecen una atención similar por parte de la sociedad y el Estado.

Ahora bien, aun cuando exista una íntima vinculación entre los conceptos de salud y libertad reproductiva, no es posible identificar a una como parte de otra, o considerarlos iguales. Ambos constituyen puntos de referencia individuales dentro del conjunto de derechos de la reproducción y cumplen una función y se orienta a un objetivo distinto que el otro. Es importante tener claro este tema dado que la acción del Estado y las políticas que éste emprenda para garantizar la protección y cumplimiento de los derechos reproductivos emprenderá un rumbo distinto en cada caso. La libertad y la ausencia de coacción y discriminación se identifica más con un rol pasivo del Estado, absteniéndose de ejercer cualquier tipo de intromisión en las decisiones reproductivas que tomen sus ciudadanos. En cambio, para garantizar el derecho a la salud reproductiva el Estado tendrá un papel más activo, brindando servicios, dando información, suministrando material logístico para cumplir tales obligaciones, etc.

Apoya esta posición, Alkorta Idiakez⁵⁹, para quien, de conformidad al texto expreso de la Convención CEDAW, el concepto “autodeterminación reproductiva” o “derecho a decidir sobre la propia reproducción” constituye un derecho humano vinculante y de perfiles bien definidos, por lo que se erige en el derecho más relevante de entre todos los comprendidos en el conglomerado “salud reproductiva” colocado sobre la propia reproducción años más tarde por las Plataformas de Acción de El Cairo y de Beijing. Lo mencionado se evidenciaría cuando dicha norma internacional en su artículo 16.1 señala:

“Los Estados Partes adoptarán las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”.
(Subrayado agregado)

Aunque de una lectura *prima facie* del dispositivo acotado se percibe una similitud con lo establecido en las Conferencias y Planes de Acción de El Cairo y Beijing, en realidad, en este caso existe una demarcación más clara de la naturaleza prioritaria del acto de decisión respecto de los medios que permiten ejercer aquél. El autor citado indica también que los redactores quisieron incluir en el mismo todos los elementos necesarios para asegurar una definición comprensiva y precisa del derecho en cuestión, lo que se pone en evidencia cuando se identifica una cláusula principal cual es el derecho a decidir libre y responsablemente el número y el espaciamiento de la prole,

⁵⁹ ALKORTA IDIAKEZ, Itziar. “Nuevos límites del derecho a procrear”. En Derecho Privado y Constitución. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero - diciembre 2006. Págs. 18-19. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/2513404.pdf> (Consultado 29/09/2016).

luego de lo cual, se articulan otros dos elementos que no son sino instrumentos para facilitar la realización de aquel derecho principal, a saber, el derecho a obtener información e instrucción sobre los medios de planificación familiar apropiados y el derecho a acceder efectivamente a dichos medios, para llegar finalmente a la conclusión de que los derechos instrumentales forman, pues, un todo con el derecho principal al que sirven y deben por ello poder ser disfrutados simultáneamente⁶⁰.

Por nuestra parte, compartimos en parte la posición del referido autor toda vez que, en primer lugar, conforme a lo que señalábamos anteriormente, identifica y diferencia ambos conceptos de salud y libertad reproductiva, reconociendo que si bien forman parte de un mismo grupo que son los derechos reproductivos, defiende la idea de que ambos son prerrogativas distintas e independientes.

Sin embargo, en cuanto a la supuesta condición de instrumento que señala para referirse a los 'otros derechos' que facilitan el ejercicio de la libertad reproductiva, estimamos que no deja de ser significativo el papel que juegan ambos, la libertad y la salud reproductiva, a la hora de garantizar un mejor ejercicio de la procreación. Ambos son importantes y necesarios y se requieren de forma conjunta para satisfacer correctamente el deseo de procreación de los ciudadanos. En todo caso, no es objetivo de este trabajo concluir este debate, por lo que resulta suficiente comprender la diferencia entre tales conceptos y su importancia dentro del cumplimiento y amparo de los derechos reproductivos.

⁶⁰ *Ibidem.*

3. LA LIBERTAD REPRODUCTIVA

3.1. Concepto y nociones generales

Habiendo llegado a establecer que la reproducción humana es una actividad imprescindible para el hombre, habiendo por ello surgido la necesidad de establecer un marco jurídico que proteja su ejercicio a través de una serie de normas que amparan tanto la salud reproductiva como la autonomía y libertad para ejercerla, y teniendo una visión más clara de lo que representan los derechos reproductivos, en adelante nos dedicaremos a efectuar un análisis del primer objeto de estudio de esta investigación que es la libertad reproductiva.

Ante todo, en lo que respecta a la denominación que se empleará en adelante, corresponde indicar que el término libertad reproductiva ha sido elegido por el investigador por ser aquél que de mejor manera define y resume la noción y el significado que se explicará en las líneas siguientes, aunque no está de más conocer otras expresiones utilizadas por otros investigadores para referirse a ésta, tales como *libertad procreativa*, *derecho a procrear*, *autonomía reproductiva*, *autodeterminación reproductiva*, *derecho a la planificación familiar*, entre otros que hacen alusión a ese precepto.

Esta diferencia de denominaciones se fundamenta principalmente en la diversa perspectiva desde la cual se han emprendido las diferentes investigaciones realizadas sobre este tema, sin embargo, la esencia del concepto y del significado de todas es el mismo, es decir, siempre involucra la prerrogativa de la persona humana nacida de los textos de las conferencias, declaraciones y convenciones antes estudiadas, en las cuales se alcanzó un consenso internacional respecto a que la reproducción debe ser ejercida de manera libre y responsable, involucrando ello la elección autónoma y consciente del número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos.

Sobre las implicancias de este concepto, Eriksson Kirilova considera que lo que el artículo 16° de la Convención CEDAW reconoce al señalar que los Estados partes del acuerdo se encuentran obligados a tomar todas las medidas apropiadas para asegurar que las mujeres tienen el mismo derecho que el hombre para “*decidir libre y responsablemente sobre el número y espaciamento de sus hijos y de tener los medios que les permita ejercer este derecho*” es el **derecho a la planificación familiar** (*family planning*), definiendo a éste como aquel derecho de un individuo, una mujer o un varón y también una pareja, a decidir libremente y de manera responsable si y cuándo llegar a ser padres y sobre el número y el espaciamento de sus niños, añadiendo que es un tema que cae en el ámbito privado, y puesto que afecta la vida entera de una persona debe ser considerado como un derecho humano civil fundamental, en consecuencia, la decisión de procrear, o no, se convierte en una libertad de elección protegida, que el Estado debe respetar por el elemento de elección en ella.⁶¹

Sostiene el mismo criterio Barrón Velis, para quien **la elección reproductiva**, a la cual también denomina **derecho a la planificación familiar**, sería la expresión histórica del derecho a la libertad, que permite al ser humano ser dueño de su vida reproductiva, separando de manera consciente y voluntaria la sexualidad como medio de comunicación y relación humana, como manifestación de unión, amor y como medio destinado a la reproducción.⁶²

Es importante aclarar que cuando se hace referencia a la expresión ‘planificación familiar’ debe entenderse como extensión del verbo planificar, no debiendo confundirse el término con el ‘servicio de planificación familiar’

⁶¹ M. KIRILOVA, Eriksson. “Family Planning and Human Rights”. En *Parenthood in modern Society*. Dordrecht, Boston, London, 1993. pp. 193 – 194.

⁶² BARRÓN VELIS, Francisco. “El Derecho Humano a la Planificación Familiar y la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. A propósito de los artículos 5° y 6° del Código Civil de 1984”. *Revista THEMIS* N° 22 (1992). Pontificia Universidad Católica del Perú. Pág. 70. Disponible en línea en: <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10934> (Consultado 04/12/2016).

que es el programa a través del cual instituciones públicas o privadas brindan asistencia o instrucción a parejas y/o individuos respecto a temas relacionados con la sexualidad y la reproducción.

Por otro lado, Alda Facio, hablando sobre **el derecho a la autonomía reproductiva**, menciona que este derecho se encuentra explícitamente reconocido en el artículo 16 de la CEDAW, que dice que todas las mujeres tienen el derecho: *“a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos”*. También refiere que se encuentra reconocido en el artículo 3° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y en el artículo 7° de la Convención Americana como el derecho a la libertad que incluye, obviamente, la libertad de decidir cuántos/as y cuándo tener hijos/as.⁶³

Peláez Mendoza refiere que el **derecho a la autodeterminación reproductiva** se basa en el derecho a planear la propia familia, el derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas, y el derecho a estar libres de todas las formas de violencia y coerción que afecten la vida sexual y reproductiva de la mujer. Señala también que **el derecho a planear la propia familia**, como también lo denomina, tendría su origen en instrumentos internacionales como el derecho a determinar "libre y responsablemente" el número e intervalo de los hijos y a tener la información y los medios necesarios para hacerlo.⁶⁴

Morán Morales, al hacer un estudio sobre el ámbito de protección legal de la procreación habla sobre la existencia del **derecho a procrear**, el cual tendría como denominaciones sinónimas el **derecho a ser padres**, **derecho**

⁶³ FACIO, Alda, *óp. cit.*, p. 44.

⁶⁴ PELÁEZ MENDOZA, *óp. cit.*, p. 4.

a reproducirse o derecho a tener hijos, todo ellos referidos al límite a la injerencia de los terceros y del Estado en la capacidad de procrear.⁶⁵

En concordancia con esta última autora, Alkorta Idiákez⁶⁶ emplea los términos **derecho a procrear, libertad procreativa y libertad reproductiva**, para aludir a aquel derecho humano básico a decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos.

Como podemos apreciar, en todas las definiciones presentadas se hace alusión a lo dispuesto en los textos de los dispositivos internacionales que trataron el tema de la reproducción, especialmente la Convención CEDAW, y los Planes y Plataforma de Acción de El Cairo y Beijing. De dicho concepto, que es coincidente en todos los autores y desde variados puntos de vista, pueden extraerse algunas ideas esenciales como son: libertad de decisión, independencia en la toma de ellas, autonomía en la elección, ausencia de intromisión estatal o de terceros, etc., en cuanto a la determinación de la forma y el tiempo en que se desee ejercer la reproducción. Esto implica tanto el momento de tener hijos, si tenerlos o no, con quien tenerlos, la cantidad de hijos, el espaciamiento de sus nacimientos, entre otros, que pertenecen al plano de la intimidad y de la privacidad de la persona y/o la pareja.

La libertad se convierte así, en un concepto amplio de matices bien marcados sobre el cual se erigen las decisiones reproductivas. Las implicancias de esta figura se proceden a analizar con más profundidad a continuación.

3.2. Ámbito de protección

Conforme a la definición de libertad reproductiva que nos brinda la doctrina y las principales normas internacionales, esta prerrogativa humana estaría

⁶⁵ MORAN MORALES, Claudia. "Procreación y derechos humanos. La libertad para procrear en el ordenamiento jurídico peruano." Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Volumen II, Año 2001 ISSN 1608-1714, p. 11.

⁶⁶ ALKORTA IDIÁKEZ, *óp. cit.*, p. 14.

conformada por algunos conceptos esenciales que concretan y fundamentan su ejercicio.

La idea básica de que una persona tiene derecho a decidir sobre su propia reproducción se basa en las normas internacionales que reconocen el derecho a tomar decisiones sobre la propia procreación de forma libre y consensuada entre ambos miembros de la pareja, sin injerencias externas y contando con la información y los medios adecuados para su realización, concepto que es consustancial al de individuo libre y capaz de dirigir su propia vida.⁶⁷

La forma en la que las parejas toman estas decisiones pertenece sin duda a la esfera de su intimidad y de la autonomía privada. En este sentido, las decisiones sobre cómo y cuándo procrear tomadas entre dos individuos libres, capaces y en condiciones de igualdad material debe ser respetada; el Estado no está legitimado para intervenir en ellas. Desde el momento en que la decisión de uno de los miembros de la pareja implique algún grado de coerción con respecto al otro que suponga comprometer su libertad procreativa o viole algún otro derecho fundamental, la intervención de los poderes públicos puede estar justificada.

En opinión de Alkorta Idíáquez, resultaría justificado conferir cierto grado de eficacia horizontal entre particulares al derecho fundamental a decidir sobre la propia reproducción tal como ha sido reconocido por la Convención CEDAW. Consecuentemente, además de la obligación impuesta a los Estados signatarios por el artículo 2º del Convenio citado en orden a proveer las medidas necesarias, legislativas y de otro tipo, para asegurar el disfrute del derecho individual a la autodeterminación procreativa, entendemos que cualquier interferencia en dicha facultad por parte de otro particular legitimaría a aquél para recurrir directamente ante los Tribunales en amparo de su

⁶⁷ *Ídem*, p. 20.

derecho. En otras palabras, el derecho a decidir libremente sobre la propia procreación no sólo generaría una obligación positiva de los poderes públicos para facilitar información y métodos adecuados de planificación familiar, sino que los efectos horizontales de dicho derecho frente a terceros también implican que los particulares estén obligados a respetarlos. La falta de una ley interna que desarrolle adecuadamente el derecho fundamental a la libertad reproductiva no impediría al sujeto afectado recurrir directamente ante los Tribunales para defender su derecho.⁶⁸

Así, podría afirmarse que dicho principio se inspira en la idea de que los derechos individuales de las personas priman sobre las políticas demográficas de los Estados y también sobre los valores societarios o familiares. La consagración de los derechos demográficos supuso la superación de las restricciones impuestas por los poderes públicos y el reconocimiento de que las parejas podían tener el número de hijos que desearan. Con todo, las Conferencias de Población celebradas en los años setenta y ochenta, las que consagraron los derechos demográficos a los que estamos aludiendo, cargaron el acento en el papel primordial de la mujer en la reducción del crecimiento de la población. Se decía que el número de hijos de la pareja dependía de su estatus social y de su nivel de formación. De ahí que los documentos finales, inspirados en las teorías neomalthusianas, según las cuales los varones desean más hijos que las mujeres, recomendaban que se incidiera en la educación de las mujeres y en el reconocimiento de sus derechos frente al hombre.⁶⁹

Por su parte, María Calá opina que las normas internacionales que establecen el derecho a la libertad reproductiva y a la planificación familiar, consideran a éstos materia privativa de los padres, limitándose la facultad estatal a brindar orientación hacia una paternidad responsable. En ese

⁶⁸ *Ídem*, p. 21.

⁶⁹ *Ídem*, p. 14.

sentido, se entiende que el Estado debe garantizar a todos los ciudadanos el ejercicio de todos los derechos reconocidos sin discriminación alguna; entendiéndose por tal toda distinción, exclusión, restricción o menoscabo del pleno ejercicio sobre bases igualitarias de los derechos y garantías constitucionalmente reconocidos, por motivos tales como raza, religión, nacionalidad, ideología, opinión política, sexo, posición económica, condición social o caracteres.⁷⁰

Esta libertad, según Moran Morales, puede separarse en dos aspectos: uno positivo que comprende la decisión de procrear además de la libre elección de con quien cuando hacerlo, y uno negativo, que protege la decisión del sujeto de rechazar su propia procreación, así como cualquier interferencia estatal o de terceros en el ejercicio de la capacidad de procrear. Si bien existe cierta coincidencia respecto al contenido del aspecto negativo, las discrepancias aumentan cuando la doctrina intenta determinar las facultades que conforman el derecho a la reproducción en su aspecto positivo. En especial, si éste último comprende el derecho a exigir que se proporcionen los medios necesarios para procrear o mantener a la prole, entre ellos, el recurso a las técnicas de fecundación artificial.⁷¹

Desde esta perspectiva, la libertad del sujeto es la regla, mientras que cualquier limitación de la misma debe ser considerada como una excepción. Por este motivo, el ejercicio de la libertad personal no solo permite elegir cuando y con quién procrear sino también cómo hacerlo.

Alkorta, al respecto, añade que la libertad reproductiva se configura como un derecho negativo: el Estado no debía inmiscuirse en la libertad de procrear de las personas. Más recientemente, la necesidad de tutelar a la persona por sí y en sí, prescindiendo de su inserción familiar o social ha llevado a la

⁷⁰ CALÁ, María. “El derecho a la libertad reproductiva en personas portadoras de VIH. Análisis desde una perspectiva jurídica trialista”. *Cartapacio de Derecho* [Online], Volumen 15 Número 0, marzo 2009, p. 11. En: <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/ctp/article/view/1088/1152> (Consultado 20/09/2016).

⁷¹ MORÁN MORALES, *óp. cit.* p. 13.

necesidad de reconocer explícitamente el derecho a la reproducción. Hoy más que en el pasado, la centralidad de la tutela del individuo y de sus derechos empieza a configurar nuevos derechos en las codificaciones nacionales e internacionales. En concreto, el derecho a procrear emerge con fuerza como vertiente fundamental del derecho a la toma de decisiones sobre la propia existencia vital. El reconocimiento de un derecho subjetivo de procrear parece últimamente confirmado por las recientes decisiones de comités de ética, organismos internacionales y legislaciones sectoriales de numerosos países europeos en torno a las implicaciones morales y jurídicas de los descubrimientos científicos sobre la vida humana, cuestiones que modernamente se conocen como decisiones relativas a la propia vida, de las cuales no puede excluirse la vertiente reproductiva.⁷²

3.3. Fundamentos de la libertad reproductiva

El derecho a estar libre de interferencias en la toma de decisiones reproductivas está relacionado con principios más amplios que sustentan y delimitan su campo de acción. Comprender estos principios deviene en imprescindible en tanto que nos permitirá identificar la estructura de valores sobre la que se erige la libertad reproductiva y, así, entender cuál es su ámbito de protección y aplicación.

Un primer grupo de investigadores sostiene que la libertad de procrear proviene de un derecho más amplio y reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, como es el derecho a la familia o derecho a fundar la familia. Como se sabe el artículo 16° de la mencionada Declaración señala que:

“1. Los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto

⁷² *Ídem*, p. 13.

al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio.

2. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio.

3. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.”

De lo expresado en este dispositivo internacional, se desprendería la obligación de los Estados de respetar el derecho de los ciudadanos a fundar una familia. En función a ello, la aludida postura asevera que la tutela de la libertad procreativa, en su dimensión biológica, se entendía reconocida en los artículos relativos a la protección de la intimidad personal y familiar de los propios Convenios. Teniendo en cuenta la distinción habitual en materia de derechos humanos entre derechos positivos y negativos, la libertad de procrear se configuraba como un derecho de carácter defensivo –derecho negativo– más que como un derecho positivo frente al Estado. El hombre o la mujer deben ser protegidos frente a las injerencias de las autoridades públicas que interfieran sin su consentimiento en el proceso de reproducción. En suma, hasta hace poco el derecho a procrear se entendía comprendido en la protección de la familia como lugar privilegiado en cuyo seno el individuo afirmaba y desarrollaba su personalidad.⁷³

En ese contexto, la libertad reproductiva como manifestación del derecho a la familia se sustenta en que esta prerrogativa en sus orígenes se entendía comprendido como una manifestación más de la protección de la familia, esto es, la familia se configura como el lugar privilegiado donde el individuo afirma su personalidad, y donde el hombre y la mujer deciden cuándo y cuántos hijos quieren tener, se reconoce un derecho de contenido negativo en virtud del cual el Estado no debe interferir en la libertad de procrear de las personas. La

⁷³ ALCORTA IDIÁKEZ, *óp. cit.*, p. 12.

posibilidad de que los individuos tenga un control sobre su capacidad reproductiva tiene su reflejo en diferentes textos jurídicos de ámbito internacional y de manera primordial, se contempla como una manifestación especialmente relevante de la protección de la autonomía personal de las mujeres, para quienes el embarazo y la maternidad son hechos que afectan profundamente a sus vidas en todos los sentidos. Esta manifestación se encuadraría dentro del derecho a la intimidad personal y familiar recogido también en nuestro texto constitucional, en cuanto que dicho derecho protege las decisiones de las personas a que se respeten sus opciones sexuales, la decisión de contraer matrimonio, la de querer procrear o no, cuándo hacerlo, el espaciamiento del nacimiento de los hijos, etc.⁷⁴

Ciertamente, no podemos negar la innegable relación que existe entre la institución de la familia y la función procreativa de las personas, no obstante, también es necesario considerar que hoy por hoy la presunción de que donde hay procreación, hay familia, no siempre es acertada. Actualmente es posible ver estructuras familiares que excluyen por completo la idea de reproducción de su seno sin que por ello se pierda su naturaleza. El derecho de tener una familia se refiere más bien al derecho a poder escoger una pareja y criar niños que no necesariamente nacen dentro de ésta. Ejemplos que demuestran ello de manera satisfactoria son los casos de parejas que han optado por la adopción en lugar de la procreación. Asimismo, también se pueden considerar aquí aquellas relaciones sentimentales que traen consigo hijos anteriores, entre otros.

Otro argumento que sustenta la existencia de la libertad procreativa es aquel que nace del concepto amplio de libertad reconocido universalmente, el mismo que puede ser definido como la facultad de los individuos de orientar

⁷⁴ SERNA MEROÑO, Encarna. “Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida: Limitaciones Para Su Práctica”. Derecho Privado y Constitución ISSN: 1133-8768. Núm. 26, enero-diciembre 2012, p. 276. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/4283062.pdf> (Consultado 01/01/2017).

los destinos de su vida de acuerdo a sus convicciones y decisiones personalísimas. Esta forma de soberanía sobre el “yo” es identificada por Santiago Nino como el principio de autonomía individual, respecto del cual ha señalado que:

“Siendo valiosa la libre elección individual de planes de vida y la adopción de ideales de excelencia humana, el Estado (y los demás individuos) no debe interferir en esa elección o adopción, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual y la satisfacción de los ideales de virtud que cada uno sustente e impidiendo la interferencia mutua en el curso de tal persecución”.⁷⁵

Coincidiendo con Nino, opinamos que la libertad reconocida a la persona constituye a la vez que una prerrogativa positiva para el sujeto, una obligación negativa para la sociedad y el Estado, quienes están impedidos de intervenir en los procesos de decisión intrínseca del ciudadano, debiéndose limitar a facilitar o establecer modelos de guía que el individuo se encuentra en la libertad de adoptar o no.

Más adelante veremos que esos modelos tienen una finalidad más profunda de plenitud, pero por el momento nos interesa saber que las implicancias, tanto positivas como negativas (derechos/deberes) derivadas del principio de autonomía individual tienen una íntima relación con la libertad reproductiva. Nino, respecto a este tema considera que un aspecto importante para la autorrealización de los individuos se da por las diversas modalidades de vida afectiva, sexual y familiar, es decir, por una amplia gama de libertad en el desarrollo de la vida privada. El principio de autonomía individual trae como consecuencia que la interferencia estatal con conductas que no perjudiquen a terceros quede vedada.⁷⁶

⁷⁵ NINO, Carlos Santiago. “Ética y derechos humanos”, Ariel, Barcelona, 1989, p. 205.

⁷⁶ MACKINNON, Catherine. “Feminism Unmodified”. Harvard University Press, MA, 1994, pp. 93 y ss. Citado por VILLANUEVA FLORES, Rocío, *óp. cit.*, p. 7.

Ahora bien, es importante recordar en este punto que dicha capacidad de decidir libremente sobre los destinos de nuestras vidas se encuentra íntimamente ligado al principio más amplio y más importante de ordenamiento jurídico que es el de dignidad humana. Moncho I Pascual refiere al respecto que:

“El hombre decide por sí mismo los fines y valores que quiere perseguir. Esta capacidad decisoria de fines y valores es un rasgo que forma parte de la noción de dignidad humana.

En efecto, un ser humano hetero-dirigido es cuasi-cosa. Ahora el hombre en el orden moral o de la acción es principio en sentido eminente. Lo cual comporta la propia definición de fines y valores. Si se le quita al hombre dicha capacidad, queda alienado y reducido a siervo, o sea, a instrumento de una voluntad ajena, aunque fuera divina.”⁷⁷

Del concepto mismo de autonomía privada surge la noción del libre desarrollo de la personalidad, el cual, según señala Santana Ramos, tendría sus orígenes en lo señalado en la Declaración Universal de Derechos Humanos, instrumento que emplea la fórmula del libre y del pleno desarrollo de la personalidad como podemos observar por un lado en el artículo 26.2, cuando indica que *“la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales”*, y por otro lado en el artículo 29.1, al expresar que *“toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”*⁷⁸.

Este principio se puede explicar, en palabras de Santana Ramos, como:

⁷⁷ MONCHO I PASCUAL, Josep Rafael. “Sobre la dignidad humana”. Revista AGORA: Papeles de Filosofía, ISSN 0211-6642, Vol. 22, N. 1, 2003, p. 197. Disponible en: <http://hdl.handle.net/10347/1224> (Consultado 25/11/2016).

⁷⁸ SANTANA RAMOS, Emilia. “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N° 29 (2014). ISSN: 1138-9877. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia p. 99. Disponible en: <https://ojs.uv.es/index.php/CEFD/article/view/3245> (Consultado 24/11/2016).

“...una libertad de acción o no acción, cuyos límites son la libertad de los demás y el contenido normativo del ordenamiento jurídico existente. Es decir, la declaración constitucional del libre desarrollo de la personalidad significa que el individuo, por ley, tendrá libertad de acción, o lo que es lo mismo, no tendrá ningún impedimento para ejercer ese derecho desde un punto de vista jurídico. Lo que no significa que disponga de una total libertad de acción en sentido literal, ya que el mismo Estado le impone unos límites que deberá observar para vivir en sociedad, no sólo de cara a los demás, sino también en cierta manera, hacia sí mismo. Desde un punto de vista social, el concepto del libre desarrollo de la personalidad hace referencia a unas metas concretas del individuo, pero que éste debe indiscutiblemente conciliar para poder vivir armónicamente con los demás miembros de la comunidad social en la que se integra. El libre desarrollo de la personalidad se presenta así canalizado en su aplicación por la necesidad de respetar las exigencias que impone el reconocimiento a los demás de la titularidad de ese mismo derecho al libre desarrollo de la personalidad. La misma representación del orden jurídico invoca la idea de una limitación de la libertad, en la medida en que todos los individuos quedan sujetos a unas normas vinculantes a las que todos los sujetos deberán ajustar su comportamiento. Pero es una limitación que se justifica precisamente en eso, en la necesidad de salvaguardar hasta donde sea posible la libertad de los demás.”⁷⁹

En efecto, el derecho al libre desarrollo de la personalidad deriva de las libertades más básicas del ser humano y que le permiten actuar de la manera que él prefiera o considere más conveniente. Esto debería poder permitir al ser humano guiar su destino en la búsqueda de su propósito sin interferencias de terceros. Sin embargo, esta libertad tiene límites, los cuales vienen constituidos por la protección que el mismo derecho atribuye a otros

⁷⁹ *Ídem*, p. 103.

individuos. De esta manera se entiende que una persona puede actuar conforme a la autonomía de su voluntad con los fines que su personalidad le oriente en el ejercicio del derecho citado, pero, sin invadir o vulnerar los derechos de otros.

Según Serna Meroño, la introducción de la expresión “libre desarrollo de la personalidad” en el texto constitucional apunta al despliegue de las potencialidades psíquicas, morales, culturales, económicas y sociales de cada persona humana, la conquista de los valores que la satisfagan y de los ideales que la atraigan; el alcance, en suma, hacia su «modelo» de «ser humano» y de miembro activo, protagonista, en una sociedad determinada y dentro de un orden político y jurídico concreto, pero abierto a la comunidad universal de todos los pueblos. Así, en ese libre desarrollo de la personalidad, se vislumbra el progresivo enriquecimiento del haz de derechos y deberes fundamentales que la «conciencia colectiva» de la humanidad vaya alcanzando⁸⁰.

En ese orden de ideas, la decisión de tener hijos y cuándo tenerlos constituye uno de los asuntos más íntimos y personales que las personas afrontan a lo largo de sus vidas, que integra un ámbito esencial de la autodeterminación individual. Se señala que los poderes públicos están obligados a no interferir en ese tipo de decisiones, pero, también, deben establecer las condiciones para que se adopten de forma libre y responsable, poniendo al alcance de quienes lo precisen servicios de atención sanitaria, asesoramiento o información.⁸¹ Dicho en otras palabras, en el caso de la autonomía, autodeterminación o libertad reproductiva, el derecho al libre desarrollo de la personalidad irradia una serie de prerrogativas que, en esencia, obligarán al Estado a respetar y a hacer respetar las decisiones de vida del individuo respecto a su reproducción, protegiéndole de posibles interferencias provenientes de terceros.

⁸⁰ SERNA MEROÑO, Encarna, *óp. cit.*, pp. 283-284.

⁸¹ *Ídem*, p. 277.

Es importante indicar que el respeto de la voluntad de la persona, no supone necesariamente evitar toda medida de orientación o la provisión de información o instrucción a fin de que ese libre desarrollo se convierta en un pleno desarrollo de su voluntad. La educación en temas de reproducción, por ejemplo, no podría representar una invasión a la libertad reproductiva, dado que no tiene por objetivo coactar o imponer un tipo de decisión, sino en inculcar una forma de comportamiento que se considera como adecuado y conveniente para un armonioso estilo de vida.

Al respecto, Santana Ramos señala que:

“La referencia al **pleno desarrollo de la personalidad** tomaría en consideración un modelo ideal de persona que se supone que sólo se puede alcanzar con el desarrollo completo de las potencialidades inherentes al individuo. Ese ideal de persona vendría de este modo prefigurado. Es, en principio, un modelo ideal por completo ajeno a la voluntad del individuo. El **libre desarrollo de la personalidad** reflejaría por el contrario la opción por un modelo de vida que aún está por definir, el modelo que el hombre decide darse a sí mismo en el uso de su libertad individual sin que ninguna otra persona ni autoridad estatal pueda influir sobre la formación ni sobre el ejercicio de su voluntad.

(...)

Cabe, no obstante, pensar que ese modelo ideal de persona que refleja la idea de plenitud de desarrollo personal venga precisamente dado por la idea del hombre libre, protagonista directo de su rumbo vital y de las decisiones relevantes que enmarcan su existencia. La plenitud del desarrollo personal remitiría en este sentido al ejercicio de la libertad individual. No habría que buscar más allá de lo que representa la idea misma de la libertad porque la plenitud personal se expresaría en el

mismo ejercicio de la libertad. Plenitud del desarrollo personal y libre desarrollo de la personalidad serían expresiones sinónimas.”⁸²

De lo señalado se desprende que la libertad reproductiva, además de las normas que expresamente reconocen su existencia, también posee sustento en otros derechos y principios que le sirven como base jurídica sobre la cual irradia sus efectos. Especialmente la autonomía o libertad individual, como el libre desarrollo de la personalidad nos permite establecer comprender que la decisión reproductiva es un acto inherente a la voluntad de la persona, y que tiene sus raíces en los fundamentos más profundos del principio de libertad personal, en cuya toma no puede intervenir terceros, quedando en la obligación del Estado velar porque esto se cumpla.

A manera de síntesis

De lo expuesto en el presente capítulo, podemos resumir que la reproducción humana es un acontecimiento de implicancias sumamente amplias y complejas. Su importancia en las sociedades como medio para el nacimiento de nuevos seres humanos y, consecuentemente, la perpetuación de la especie, han motivado que se reconozca un ámbito de protección especial (conocido como derechos reproductivos) que pone su interés en la búsqueda de un ejercicio digno de esta capacidad tanto en el plano subjetivo como objetivo. Surgen así conceptos como libertad y salud reproductiva, que garantizan a los individuos y parejas la ausencia de cualquier tipo de intromisión en la toma de decisiones relativas a la reproducción, así como la provisión de servicios de salud, educación, instrucción, etc., para alcanzar un mejor y más conveniente goce de esta facultad.

Respecto al tema de la libertad en la procreación, que es objeto de estudio en esta investigación, hemos visto que es denominada de diversas maneras por los investigadores, aunque todos apuntan a la misma definición amplia

⁸² *Ídem*, p. 104.

consistente en el derecho básico de decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a la reproducción. Ciertamente, ello no se agota ahí, ya que existen otros componentes igual de importantes que dan sentido y configuran esta libertad, sin embargo, ello será analizado detalladamente en los capítulos siguientes.

Finalmente, hemos visto que esta libertad tiene sus raíces en principios jurídicos más amplios como son el derecho a la familia, la libertad personal y la libre determinación de la personalidad, los cuales le sirven de base y refuerzan su contenido, bajo el entendido de que a través de ella se cumple un aspecto importante de la personalidad y la identidad personal y familiar, en concordancia con el principio más amplio de dignidad humana.

CAPÍTULO II: PROCREACIÓN RESPONSABLE Y
LOS LÍMITES DE LA LIBERTAD DE PROCREAR

1. LOS LÍMITES DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1.1. Concepto de derechos fundamentales

Dentro de la doctrina pura de los derechos es posible encontrar numerosas aproximaciones conceptuales de lo que debe entenderse por derechos fundamentales. El debate aborda diferentes posiciones separadas por diversos criterios como denominación, punto de partida de su reconocimiento, así como su fundamento.

Una primera definición la encontramos en Peces Barba, quien define a los derechos fundamentales como la *"conjunción de la filosofía de los derechos humanos con su plasmación en un derecho positivo vigente"* y la expone como la *"facultad que la norma atribuye de protección a la persona en lo referente a su vida, a su libertad, a la igualdad, a su participación política o social, o a cualquier otro aspecto fundamental que afecte a su desarrollo integral como persona, en una comunidad de hombres libres, exigiendo el respeto de los demás hombres, de los grupos sociales y del Estado, y con posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado en caso de infracción."*⁸³

Por su parte, Pérez Luño, citado por Bidart Sánchez, expone otra definición mostrando, según su opinión, la diferencia que existiría entre los términos derechos humanos y derechos fundamentales. Así, refiere que los derechos humanos son un *"conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional"*, en cambio, los derechos fundamentales son *"aquellos derechos humanos garantizados por*

⁸³ PECES BARBA, Gregorio. "Derechos Fundamentales". Tercera Edición. Latina Universitaria, Madrid, 1980, p. 66.

el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada”.⁸⁴

Ricardo Guastini, de otro lado, observa que la expresión “derechos fundamentales” parece encerrar dos matices de significado: por un lado, se denominan fundamentales por ser aquellos derechos que dan fundamento al sistema jurídico; por otro, porque no requieren el fundamento del sistema jurídico. El primer matiz encierra una doctrina positivista del derecho; la segunda, una doctrina iusnaturalista. Respecto a los primeros, explica que se dicen fundamentales aquellos derechos que reposan sobre normas jurídicas, a su vez, fundamentales, entendiéndose por éstas a las normas “materialmente” constitucionales⁸⁵. En cuanto a la segunda categoría concluye que se denominan “fundamentales” aquellos derechos que no requieren a su vez un fundamento o una justificación, o por lo menos que no requieren un fundamento o una justificación jurídica positiva. En ese sentido, los derechos fundamentales son derechos morales o “naturales”. En esta definición es evidente que en la noción de “derechos fundamentales” se combinan ideas iuspositivistas e iusnaturalistas.⁸⁶

Pacheco Gómez aclara que si bien históricamente se ha concebido una variedad no poco extensa de términos para hacer referencia a los “derechos humanos”, tales como: derechos naturales, derechos innatos, derechos individuales, derechos del hombre, derechos del ciudadano, derechos fundamentales, derechos subjetivos, derechos públicos subjetivos, libertades

⁸⁴ Citado por BIDART CAMPOS, Germán, en “Teoría General de los Derechos Humanos”. Primera Edición. Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989, p. 234.

⁸⁵ Nótese que si bien esta clasificación de los derechos fundamentales se asemeja a los anteriormente expuestos, en el sentido que ellos siempre están comprendidos en los textos constitucionales, sin embargo, Guastini estima que la condición de constitucionales subyace no solamente en aquellos derechos comprendidos en textos constitucionales, sino también, en aquéllos que son relativas a la “materia” constitucional, es decir, que son el contenido típico de las Constituciones, de forma que podrían y quizás deberían estar incluidas en una Constitución. He aquí la diferencia entre normas constitucionales formales y materiales, respectivamente.

⁸⁶ GUASTINI, Ricardo. “Estudios de Teoría Constitucional”. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México 2001, p. 221.

fundamentales, libertades públicas, etc., de todas ellas la expresión más adecuada sería la de “derechos fundamentales de la persona humana”.⁸⁷

Partiendo de ello, al definir el concepto de este término señala que toda persona humana posee derechos por el hecho de serlo y estos deben ser reconocidos y garantizados por el Estado sin ninguna discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual, resaltando, además, que esos derechos son fundamentales porque se encuentran vinculados con la idea de dignidad de la persona humana.⁸⁸

En ese orden de ideas, sin perjuicio de las pequeñas diferencias que puedan percibirse de cada una de las definiciones estudiadas, para los fines de la presente investigación basta con comprender que en toda noción de derechos fundamentales subyace la atribución de esencialidad y preponderancia. Ya sea porque dan fundamento al sistema o por la privilegiada posición jerárquica en que se ubican los textos que las contienen, lo cierto es que estos derechos son los más importantes del ordenamiento jurídico, tanto porque resguardan las facultades más esenciales de la persona, como por su carácter contralor del poder del Estado.

1.2. Función social y límites de los derechos

Ahora bien, pese a la importancia que se reconoce a los derechos fundamentales dentro de un ordenamiento jurídico, existe consenso en la doctrina y en la normatividad internacional en que el ámbito de protección que irradian estos derechos no es absoluto ni irrestricto.

Para comenzar, cuando Pacheco Gómez se encarga de conceptualizar el término derechos fundamentales, nos plantea la idea de que: “...*el ejercicio de los derechos fundamentales no es ilimitado, sino que puede ser restringido*”

⁸⁷ PACHECO GÓMEZ, Máximo. “El Concepto de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana”. En “LIBER AMICORUM. HÉCTOR FIX ZAMUDIO”. Tomo I. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1998, p. 45. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/liber1.pdf> (Consultado 20/07/2016)

⁸⁸ *Ibidem.*

*en defensa de la dignidad, la seguridad, la libertad o la convivencia social, aunque estas restricciones no deben ser arbitrarias sino que reguladas jurídicamente...*⁸⁹, con lo cual, sin dar lugar a vacilaciones, nos aseguraba que la cuestión era de aceptación general en el campo de los derechos humanos.

En concordancia con ello, otros juristas como Bidart Campos plantean el tema de los límites de los derechos haciendo mención a una función o finalidad social de los mismos. Veamos: *"...los derechos del hombre son derechos del hombre "en sociedad", o sea, derechos que existen porque hay muchos hombres que conviven, y que son de cada quien, pero de todos, en forma que, si "yo" soy titular de ellos, también lo son "tú", "él", "el otro", y cada ser humano individual que comparte el nosotros social."*⁹⁰

Lo que hace notar Bidart Campos es que los derechos existen no exclusivamente para el individuo, sino para éste y los demás que viven dentro de una sociedad. Solamente estando en sociedad los derechos tendrán un fin y una utilidad. Desde ese punto de vista, el ejercicio de dichos derechos debe tener en cuenta también esa posición de colectividad, es decir, deben ser practicados en armonía con los derechos que tienen los demás, lo cual se sustenta en que todos los derechos de las personas son ejercidos y concurren en un mismo espacio en el cual otros también disfrutan de su derecho.

Asimismo, agrega el citado autor que:

"... La defensa de los derechos incluye, por eso, la generalidad en reciprocidad, que se perturba o frustra cuando yo estoy en condiciones de acceder al goce de los míos mientras otros están gravemente discapacitados para un razonable acceso igualitario. Otra vez

⁸⁹ PACHECO GÓMEZ, *óp. cit.*, p. 46.

⁹⁰ BIDART CAMPOS, *óp. cit.*, p. 216.

rondamos las ínsulas de la libertad privada de circulación social que hieren la reciprocidad razonablemente igualitaria de oportunidades.”⁹¹

A partir de tal inferencia, concluye luego que “...*los derechos llevan y tienen en sí mismos un carácter limitado o relativo, y una función social, por lo que su ejercicio implica el deber de no extralimitarlos, o si gusta más, el deber de no violar ni interferir los derechos ajenos, el orden, la moralidad pública, etcétera*”.

Dicho en otras palabras, los derechos, fundamentales o no, tendrían una función social que fundamenta la obligación de considerar los derechos de los demás integrantes de la sociedad al momento de ejercerlos. En este punto, citando a Morelli, destaca el deber de respeto al derecho ajeno, en torno del cual:

“... en el ordenamiento jurídico los derechos se conceden no a una persona singular o individual, sino a todas, por lo que en el derecho de los demás, reconocido en base a la misma disposición, debe verse un límite al derecho individual. Y sobre todo es proficua su idea de que tal límite está dado no solamente por un igual derecho del otro respecto del mío, sino además por cualquier otro derecho ajeno que eventualmente pueda tener interferencia o conflicto con el mío. "En otros términos –añade- todo derecho encuentra un límite genérico en la esfera jurídica que en el ordenamiento jurídico es reconocida a los otros...”⁹²

De manera similar a lo expuesto, Recasens Siches hace referencia a las limitaciones de las libertades individuales sustentándose justamente en la función social (aunque no lo diga expresamente) a que hacía referencia Bidart, ello en la medida que en el ejercicio de todo derecho (o libertad) debe tomarse

⁹¹ *Ídem*, p. 219.

⁹² *Ídem*, p. 224.

en consideración los derechos de los demás, aunque ello involucre un recorte en el propio derecho. Así, nos expresa lo siguiente:

“... hay algo que en este contexto de ideas debe tenerse siempre a la vista: el hecho de que existen en el mundo un sin número de personas individuales, y que, por lo tanto, lo dicho vale para todas ellas, y debe aplicarse a todas ellas. Por eso, sería incorrecto pensar que en todo lo que he manifestado se alberga o late un propósito de individualismo a ultranza. Las exigencias normativas ideales que se refieren al individuo humano son universales, porque abarcan a todos y cada uno de los individuos. Por consiguiente, las libertades y los derechos básicos de una persona deben coexistir con las libertades y derechos básicos de todas las demás. Y esta coexistencia hace necesario muchas veces un recorte en tales derechos y libertades de una persona, aunque sea nada más que en la medida precisa para que las otras personas disfruten de iguales libertades y derechos. En este sentido, una libertad debe poder ser ejercida hasta el punto en que no se interfiera con el justo ejercicio de la libertad de los otros seres humanos...”⁹³

Como vemos, este autor también acepta la existencia de límites en el ejercicio de los derechos, tendencia que no solamente se ha quedado en el plano de la teoría, sino que con el tiempo ha sido consagrado también en diversos instrumentos normativos internacionales y nacionales, los cuales además de brindar una declaración de derechos, también contemplan la posibilidad de que los derechos humanos se encuentran sometidos a límites.

Así, el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU (1948) señala que:

⁹³ RECASENS SICHES, Luis. “Tratado General de Filosofía del Derecho”. 19ª Edición. Editorial Porrúa. México, 2008. Pág. 596.

“... en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley, con el único fin de asegurar el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”.

En similares términos, el Convenio de Roma en su artículo 18º recoge la idea de que los derechos fundamentales son susceptibles de limitación, primero sometiendo a limitaciones algunos derechos, más tarde fijando criterios generales:

“Las restricciones que se impongan a los citados derechos y libertades no podrán ser aplicadas más que con la finalidad para la cual han sido previstas”.

En ese orden de ideas, puede señalarse, citando al jurista español Luis Aguiar de Luque, que *“el concepto de límites es inherente al concepto de derecho y que, en el conjunto del sistema jurídico, las diferentes situaciones de derecho deben necesariamente limitarse recíprocamente, a fin de que puedan coexistir en una comunidad civil bien ordenada”*⁹⁴.

Ahora, un tema sobre el cual no existe una línea similar de desarrollo, pero que también se hace necesario revisar aquí es el referido a los tipos de límites (o limitaciones) que pueden tener los derechos. Bidart Campos menciona que puede distinguirse entre el “límite” de los derechos de lo que es su “limitación”, entendiéndose por la primera como el límite del derecho en sí, o la posición en abstracto de la esfera de acción del sujeto, mientras la limitación se refiere a la restricción o a la disminución de dicha esfera del sujeto. No obstante, agrega que esta dicotomía puede causar complicaciones lexicales o de

⁹⁴ AGUIAR DE LUQUE, Luis. “Los Límites de los Derechos Fundamentales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, N° 14. 1993, pág. 14. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1051173.pdf> (Consultado 21/09/2016)

concepto, por lo que propone la dualidad de límites objetivos y límites subjetivos. Sobre ello menciona:

“Límites objetivos serían los intrínsecos que derivan de la propia naturaleza del derecho y de su función social, así como las limitaciones externas (de aceptarse la dicotomía de límite y limitación) que se imponen a su ejercicio por causa de los derechos de terceros, de la moral pública, del orden y para quienes aceptan que el bien común es un límite, también por razón del mismo bien común. Límites subjetivos serían los provenientes de la actitud del sujeto titular del derecho, que lo ejerce de buena fe, funcionalmente.”⁹⁵

Otros autores consideran la existencia de dos grandes limitaciones: la ley y el derecho ajeno. En primer término, consideran limitaciones a aquéllas que son inherentes al derecho mismo y a la forma en que debe ejercerse; las llamaremos limitaciones intrínsecas al ejercicio de los derechos. En cambio, hay otras que aparecen cuando el derecho se pone en movimiento, cuando se desenvuelve en el medio social. Se trata de problemas de reacción, de situaciones externas que actúan frente al derecho y limitan o encauzan su ejercicio, a las cuales llaman limitaciones extrínsecas al ejercicio de los derechos.⁹⁶

Si bien no existe todavía un consenso al respecto, lo que se puede resumir de las ideas planteadas es que todo derecho, fundamental o no (con mayor razón los derechos comunes), poseen un límite natural inherente a ellos mismos, el cual se configura sobre la base del respecto a los derechos de los demás. Como diría Ignacio De Otto Y Pardo: *“cualquier derecho, fundamental o no, ampara aquello que ampara y nada más; tanto la determinación del campo normativo cuanto el tratamiento de que sea objeto, circunscriben el*

⁹⁵ BIDART CAMPOS, *óp. cit.*, p. 225.

⁹⁶ CARBONELL LAZO, Fernando, LANZON PÉREZ, Jorge, MOSQUERA LÓPEZ, Silvia. “Código Civil. Comentado, Concordado, Anotado”. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996, p. 50.

*contenido del derecho, señalan sus límites y fronteras, y por ello cabe hablar de límites intrínsecos*⁹⁷.

Por otro lado, existen otros límites (llamados también limitaciones, límites subjetivos o limitaciones extrínsecas) que llegan a restringir el derecho incluso más adentro de su ámbito de protección, ya sea por cuestiones de orden social, o por decisión personal.

1.3. La dignidad humana como fundamento del límite de los derechos

La dignidad es una atribución propia de todo ser humano, no en tanto que individuo de la especie humana, sino en tanto que miembro de la comunidad de seres morales. Según Kant, la dignidad es una instancia moral que distingue al ser humano de los animales *“y lo ennoblece ante todas las demás criaturas. Nuestra obligación con nosotros mismos es no negar la dignidad de la humanidad en nuestra propia persona”*. De ahí que la dignidad humana pertenece a todo hombre, por el sólo hecho de pertenecer a la especie humana. Kant ha hecho un aporte clave a la conceptualización de la dignidad humana: ha definido, en un sentido negativo, lo que debe ser omitido siempre que se haga referencia a la dignidad humana, a saber: el instrumentalizar y ser instrumentalizado, el tratar a los otros seres humanos sólo como medio u objetivarlos hasta convertirlos en una cosa o en una mercancía. La exigencia de tratar a los demás siempre al mismo tiempo como fin y nunca sólo como medio, que es la clave de la comprensión kantiana de la dignidad humana, es una idea que sigue teniendo relevancia filosófica y práctica hasta nuestros días. También la idea de que el fundamento del respeto absoluto que se les

⁹⁷ DE OTTO Y PARDO, Ignacio. “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”. Citado por Aguiar de Luque, Luis, *óp. cit.*, p. 17.

debe a las personas radica en la moralidad, esto es: proviene de la pertenencia de las mismas a la comunidad de seres morales⁹⁸.

Nogueira Alcalá⁹⁹, por su parte, sostiene que la dignidad humana es una cualidad intrínseca, irrenunciable e inalienable de todo y a cualquier ser humano; constituye un elemento que cualifica al individuo en cuanto tal y es una cualidad integrante e irrenunciable de la condición humana. Ella es asegurada, respetada, garantizada y promovida por el orden jurídico estatal e internacional, sin que pueda ser retirada a persona alguna por el ordenamiento jurídico, al ser inherente a su naturaleza humana; ella no desaparece por más baja y vil que sea la persona en su conducta y sus actos.

Añade a ello que la dignidad de la persona es el rasgo distintivo de los seres humanos respecto de los demás seres vivos, lo que constituye a la persona como un fin en sí mismo e impide que sea considerada un instrumento o medio para otro fin, además de dotarla de capacidad de autodeterminación y de realización del libre desarrollo de la personalidad. La dignidad es así un valor inherente a la persona humana que se manifiesta a través de la autodeterminación consciente y responsable de su vida y que exige el respeto de ella por los demás. En conclusión, la dignidad de la persona se constituye en el valor supremo y en el principio jurídico que vertebra todo el ordenamiento constitucional, es fuente de todos los derechos fundamentales e irradia todo el sistema jurídico, el que debe interpretarse y aplicarse conforme a las condiciones en que dicha dignidad se realice de mejor forma.¹⁰⁰

⁹⁸ MICHELINI, Dorando J. “Dignidad Humana en Kant y Habermas”. En Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas – INCIHUSA – CONICET. Mendoza Vol. 12 N° 1. ISSN 1515-7180. Argentina, Julio 2010. Págs. 43, 46, 47. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/efphi/v12n1/v12n1a03.pdf> (Consultado 03/02/2016).

⁹⁹ NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto. “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N° 05, 2010, p. 82. Disponible en: <http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/viewFile/817/819> (Consultado 23/11/2016).

¹⁰⁰ *Ibidem*.

Ahora bien, la elevación de la dignidad de la persona y de los derechos que le son inherentes a la categoría de fundamento del orden político y de la paz social no significa que todos los derechos, ni siquiera los fundamentales, sean *in toto* condiciones imprescindibles para la efectiva incolumidad de la dignidad personal, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad. En definitiva, no hay derechos ilimitados y menos aún pueden ejercerse los derechos abusivamente. Y en este orden de consideraciones, la dignidad ha venido a operar como un límite frente al ejercicio abusivo de los derechos.¹⁰¹

Es evidente que los derechos fundamentales vinculan también a los particulares, y no sólo a los poderes públicos, y es claro asimismo que si el respeto a la ley es uno de los fundamentos del orden político y de la paz social, nunca podrá ejercerse un derecho con violación del derecho de otra persona, y menos aún, conculcando la dignidad esencial de otro ser humano, con lo que cualquier violación de la dignidad personal producida a raíz del ejercicio de un derecho convierte dicho ejercicio en abusivo, privando a quien así actúa de toda cobertura constitucional o legal. La dignidad se convierte de esta forma en un límite insalvable frente al ejercicio abusivo de derechos, muy especialmente por parte de otros ciudadanos.¹⁰²

Este postulado guarda una evidente relación con la idea que se exponía antes, sobre la función social de los derechos. Y es que no es posible concebir el principio de dignidad como fundamento para ejercer ilimitada e irrestrictamente los derechos, cuando éstos, al igual que aquélla, han sido concebidos para la humanidad en general, sin discriminaciones ni preferencias que sustenten algún goce mayor que otro de sus derechos.

¹⁰¹ FERNANDEZ SAGADO, Fernando. “Estudios Jurídico Constitucionales”. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. México, 2003, pp. 36-38.

¹⁰² *Ibidem*.

Desde esa perspectiva, el principio de dignidad humana, al mismo tiempo que valor superior a partir del cual se irradian los derechos de la persona, se erige también como barrera para el ejercicio incorrecto y abusivo de las libertades, impidiendo la degradación de la condición humana propia o de terceros, bajo el supuesto ejercicio legítimo de un derecho.

A esta característica particular del principio de dignidad, Dorn Garrido la denomina la dimensión ético-pública de la dignidad humana. Según refiere, esta transformación que sufre el concepto de la dignidad de la persona humana, entendida como mera expresión de la autonomía individual hacia la identificación de una dimensión ético-pública que integra el fundamento axiológico del orden estatal y social, tiene lugar con la Carta de las Naciones Unidas, de 25 de junio de 1945, en cuyo Preámbulo se afirma “la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres y de las naciones grandes y pequeñas”, declaración de compromiso ético que se consolida con la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 10 de diciembre de 1948, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, cuyos primeros dos párrafos de su preámbulo asignan a la dignidad humana un papel vital en la construcción de un orden social cohesionado en torno a los valores de la libertad, justicia y paz: “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos,

liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias.”¹⁰³

La entronización jurídica de la dignidad humana entendida como fundamento de la legitimidad del sistema jurídico y político, es la expresión de un acuerdo conceptual que reconoce en la dignidad un sustrato ético cuya preservación resulta indispensable, ya que su degradación atenta contra la cohesión de un orden público fundado en la libertad, igualdad, justicia y paz social que son, al mismo tiempo, las condiciones necesarias para el libre e igual desarrollo de la personalidad. El contenido ético público-mínimo de la dignidad humana supone, además, aceptar una autonomía sustantiva frente a la libre autodeterminación, pues de otra manera la consecuencia es la “supresión de toda eficacia práctica independiente del principio de dignidad, al quedar absorbido por el principio de autodeterminación personal.”¹⁰⁴

Como conclusión de ello, el citado autor considera que el contenido inderogable de la dignidad humana vinculado a los derechos inherentes a la persona humana, es una buena expresión de la ética que subyace en el principio de respeto a la dignidad humana, y que los instrumentos internacionales y constituciones identifican como fundamento de un orden público libre, igualitario, justo y en paz social. La función de cohesión social prestada por el mínimo de la dignidad humana unido a la importancia suprema que el Derecho internacional y las constituciones le asignan, dan cuenta de una dimensión ética-pública que excede a la consideración de la persona en sí y alcanza la órbita del Estado como garante del orden público.

La dimensión ético-pública de la dignidad, así, define un ámbito lícito y legítimo de ejercicio de la autonomía individual, cuyo límite es la prohibición

¹⁰³ DORN GARRIDO, Carlos. “La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual.” Revista de Derecho, N° 26, Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, 2011, p. 79. Disponible en: http://www.cde.cl/wps/wcm/connect/a2afd5f8-b399-4eeb-80da-eb299807758a/rev+26_7+la+dignidad+de+la+persona+limite+a+la+autonomia+individual.pdf?MOD=AJPERES (Consultado 05/01/2016).

¹⁰⁴ *Ídem*, p. 82.

absoluta de degradar la dignidad humana ajena e incluso la propia, ya que si la autonomía es una de las manifestaciones de la dignidad humana no resulta razonable que pueda exceder a su fuente sin desnaturalizar la premisa básica ética de la dimensión pública: prohibición de cosificar, instrumentalizar o mediatizar al ser humano. La primacía de la dignidad de la persona sobre los derechos fundamentales en razón de ser su fuente y fundamento, conduce al rechazo del ejercicio.¹⁰⁵

2. LA RESPONSABILIDAD EN LA LIBERTAD DE PROCREAR

2.1. Límites de la libertad de procrear

Habiendo estudiado en las líneas que preceden que no existe ningún derecho absoluto y que cada uno de ellos está sujeto a límites, corresponde ahora determinar si la libertad de procrear también está comprendida dentro de este supuesto, y, de ser así, cómo se encuentran impuestos estos límites.

Salvo contadas excepciones, por lo general, los investigadores se inclinan a aceptar la idea de la existencia de límites en el ejercicio de la facultad de reproducirse, rechazando de esa forma, la posición que asegura que esta libertad debe primar sobre todas la demás.

Moran Morales esboza la idea de la existencia de límites del derecho a procrear citando las posiciones de diversos autores como la de Gómez Sánchez, para quien los límites del derecho a procrear se encuentran en el propio texto constitucional, y se derivan del ejercicio de la propia libertad, de la libertad de los demás, del ejercicio de los propios derechos y del respeto de los derechos de los demás.¹⁰⁶

De otro lado, citando a Vega Gutiérrez, hace referencia a que los límites del derecho a procrear vienen dados por los propios deberes que corresponden a cada persona. Todo derecho subjetivo implica unos deberes —anverso de

¹⁰⁵ *Ídem*, p. 87.

¹⁰⁶ MORÁN MORALES, *óp. cit.*, p. 30.

las facultades que comporta— configurados al mismo tiempo como sus límites. Las restricciones que se imponen a los sujetos titulares del derecho a procrear están conformadas por las necesidades de los hijos nacidos y futuros, y en las obligaciones de los padres frente a la comunidad. Desde esta óptica no cabe hablar de una libertad procreadora omnímoda sino responsable, pues, ante todo, prima el respeto de la dignidad humana del concebido frente a sus padres y la sociedad.¹⁰⁷

Partiendo de lo señalado, Moran Morales concluye que:

“... los límites de la libertad de procrear tienen su origen en la propia naturaleza humana, la dignidad y los derechos fundamentales de la persona, con especial consideración a los derechos del hijo. En este sentido, como en el acto de procrear están implicadas varias personas, el legislador debe tutelar la dignidad y los derechos de cada una de ellas, lo que significa que ninguna persona puede quedar sometida a otra para hacer efectivo su derecho a procrear.”¹⁰⁸

Coincidimos con esta posición, en principio, porque, como se mencionó al principio de este estudio, la reproducción humana no es una actividad que incumba únicamente al plano individual. Al contrario, su importancia dentro del desarrollo de las personas, las familias y de las sociedades ha producido que sea considerada un fenómeno social. En ese orden de ideas, se desprende de dicho acto una función social que concierne tanto a las parejas que lo ejercen, al niño que nacerá como consecuencia de aquél, así como a la sociedad en la cual se insertará el futuro individuo.

Quien ha efectuado un análisis profundo de este tema es Carter Dillard, que parte del supuesto de que cualquier acto de procreación inevitablemente envuelve los derechos e intereses generales y especiales de otros miembros

¹⁰⁷ *Idem*, p. 31.

¹⁰⁸ *Ibidem*.

de la sociedad, así como los derechos de los futuros niños que la procreación creará.¹⁰⁹

En ese sentido, según refiere, la procreación no constituye un acto meramente personal, sino interpersonal. De esa manera, rechaza los argumentos expuestos por algunos investigadores quienes consideran que la reproducción concierne únicamente a los que lo ejercen y, por tanto, debe primar frente a otros intereses. Entre estos autores tenemos a Robertson, que admite que la libertad procreativa merece primacía dominante sobre cualquier otro derecho porque constituye un aspecto importante de la autodeterminación y del bienestar y porque las decisiones reproductivas tienen tal enorme importancia para la identidad y felicidad personal que un importante área de libertad y de dignidad humana sería perdida si uno careciera de auto determinación en la procreación¹¹⁰.

Para Dillard, dicho criterio no sería aplicable en comportamientos a través de los cuales se crea personas. La procreación, según explica, ya sea en su aspecto negativo, que rechaza la interferencia de terceros, incluso del Estado, en las decisiones que tienen que ver con la reproducción, como en su aspecto positivo, que incluiría la facultad de pedir asistencia (mediante el Estado) para la procreación, involucra un poder que es difícil de pensar que sea algo solamente personal. En realidad, al ser la procreación la generadora de la vida, es, por ende, el génesis del interés del Estado. Vale decir, si la vida o potencial vida, tiene su origen en la conducta de la procreación, entonces, ésta se encuentra sujeta al control del Estado. Conceptualmente, entonces, no habría autonomía personal en la decisión de crear, lo que es, en esencia, interpersonal. No procrear es personal; la procreación es interpersonal. Esta

¹⁰⁹ DILLARD, Carter J. "Rethinking the Procreative Right," Yale Human Rights and Development Journal: Vol. 10: Issue 1, Article 1, 2007, p. 19. Traducción propia. Disponible en: <http://digitalcommons.law.yale.edu/yhrdlj/vol10/iss1/1> (Consultado 25/11/2015).

¹¹⁰ ROBERTSON, John A. "Liberalism and the Limits of Procreative Liberty: A Response to My Critics", 52 Wash & Lee L. Rev. 233, 1995, pp. 235-236. Traducción propia. Disponible en: <http://scholarlycommons.law.wlu.edu/wlulr/vol52/iss1/9> (Consultado 26/11/2016).

distinción saca a la procreación de la rúbrica de los actos privados y personales, definiendo las primeras limitaciones del derecho a procrear.¹¹¹

En ese orden de ideas, según Dillard, la procreación, al ser interpersonal, implica tres categorías de intereses, que son: Los de los niños que nacerán, los de otras personas en la sociedad cuyas vidas serán influidas por aquellos niños, y más intereses personales y colectivos. A mayor abundamiento, señala que la ley limita los derechos fundamentales de los padres para proteger los intereses de los niños existentes y los intereses superpuestos de la sociedad en su futuro. Ejemplo de ello sería la adopción, que es análoga a la procreación, pero fuertemente regulada para proteger tales intereses. La ley limita los derechos de los futuros padres a proteger los mismos intereses después de la concepción, pero antes del nacimiento porque el Estado, como *parens patriae*, tiene un interés imperioso en proteger a los niños de los abusos, tanto después como antes del abuso. El estado no necesita "esperar a que ocurra el abuso."¹¹²

Para explicar esta idea analiza Dillard algunas sentencias expedidas por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, donde en más de una oportunidad se ha tratado sobre los límites de la libertad de procrear, así como la posibilidad de que la ley proteja los intereses de los niños, incluso antes de que sean concebidos.

En primer lugar cita el caso *Buck c. Bell*¹¹³, en el cual la Corte confirmó la decisión de ejecutar la esterilización de Carrie Buck (una mujer con retraso

¹¹¹ DILLARD, Carter, *óp. cit.*, pp. 50-51.

¹¹² *Ídem*, p. 52.

¹¹³ En el caso *Buck vs. Bell* que cita Dillard, el Juez Oliver Wendell Holmes, Juez de la Suprema Corte de los Estados Unidos, sentenció a favor de que se esterilice a Carrie Beck, una mujer con discapacidad mental que había engendrado a un menor presuntamente luego de haber cometido actos de inmoralidad. En su sentencia, el aludido magistrado, llegó a señalar que: "*Hemos visto más de una vez que el bienestar público puede recurrir a las vidas de sus mejores ciudadanos. Sería extraño que no pudiera invocar a aquellos que ya socavan la fuerza del Estado por estos sacrificios menores, a menudo no considerados por los interesados, para evitar que nos inundemos de incompetencia. Es mejor para todo el mundo, si en lugar de esperar a ejecutar a los descendientes degenerados para el crimen, o dejarlos morir de hambre por su imbecilidad, la sociedad pueda evitar a aquellos que son manifiestamente impropios de continuar su tipo. El principio que sostiene la vacunación obligatoria es lo suficientemente amplio como para cubrir el corte de las trompas de Falopio. Tres generaciones de imbéciles es*

mental), a fin de proteger sus propios intereses, así como los de sus futuros hijos y la sociedad.

En esa misma línea se sentenció en el caso *State of Oregon vs Kline*¹¹⁴, en el que el demandado, Tad Kline, un hombre adicto a la metanfetamina, acusado de haber roto el brazo de uno de sus hijos y haber fracturado la pierna de su otra hija, reclamó una violación de su derecho fundamental a procrear luego de que una corte le impusiera, como una condición para su libertad condicional, que participe en un programa de tratamiento de drogas y manejo de la ira antes de tener más hijos. Ante ello, la Corte de Apelaciones del Estado de Oregon denegó la apelación del acusado y encontró la condición suficientemente adaptada para proveer "*a las posibles víctimas con protección contra futuras lesiones*".¹¹⁵

De manera similar, en el caso *State of Wisconsin v. Oackley*¹¹⁶, la Corte Suprema de Wisconsin efectuó un profundo análisis del derecho de procrear, así como la posibilidad de imponer restricciones a éste en aras de proteger el derechos de los hijos. Así, la sentencia concluyó que a la luz de la continua victimización de los nueve hijos de Oakley y su extraordinariamente preocupante record que manifiesta su desconsideración por la ley, la estipulación de que se le obligara a evitar tener hijos hasta que pudiera demostrar los medios para apoyarlos no era demasiado amplia y estaba razonablemente relacionada con su rehabilitación. La corte dejó claro que la condición (para la libertad condicional) también cumplía con el estándar más alto de ser ajustado de manera estrecha para servir al interés imperioso del Estado en tener padres que apoyen a sus hijos.¹¹⁷

suficiente". Traducción propia. Texto original en inglés en: <https://www.law.cornell.edu/supremecourt/text/274/200#> Consultado (05/12/2016).

¹¹⁴ Traducción propia. Texto original de la sentencia en inglés en: <http://caselaw.findlaw.com/or-court-of-appeals/1289496.html> (Consultado 07/01/2017).

¹¹⁵ DILLARD, *óp. cit.*, p. 24.

¹¹⁶ Traducción propia. Texto original de la sentencia en inglés en: <http://caselaw.findlaw.com/wi-supreme-court/1372362.html> (Consultado 07/01/2017).

¹¹⁷ DILLARD, *óp. cit.*, p. 24.

Sobre la base de estos antecedentes jurisprudenciales, Dillard asevera que si los hijos, antes de la concepción, son meramente futuros o intereses potenciales es irrelevante. La ley reconoce esos intereses y los protege de los actos de los titulares de derechos existentes.¹¹⁸ Entonces se pregunta, como cuestión de política social, ¿por qué el Estado reconocería los intereses de los niños existentes, pero no de los posibles niños? Si ya no presumimos el interés primordial o el valor intrínseco del derecho procreador y si concedemos que el Estado pueda tratar de proteger el interés competitivo antes de que se haya convertido en una realidad, entonces la acción estatal para proteger sus *parens patriae* sólo interesa después de la procreación. Es insuficiente, no racionalmente relacionado con su objetivo. Una vez que el niño nace en condiciones inadecuadas, el Estado se queda con una elección de dos males: relegar al niño a un mal hogar o el dolor de la expulsión y una situación potencialmente peor. Además, los derechos de los padres deben ser abrogados y la sociedad debe ser encargada de tratar de cuidar al niño o sufrir los resultados de no hacerlo, lo que implica una serie de compromisos colaterales con otros intereses y libertades.¹¹⁹

Otros autores que también han comentado la existencia de límites en el derecho a procrear son Elizabeth Brake y Joseph Millum, para quienes el derecho a procrear es limitado, tal como otros derechos lo son, por la amenaza de daño a otros derechos. Así, citando a Benatar, estiman que los derechos de autonomía no pueden permitir arriesgar un daño severo a los niños.¹²⁰

Esta posición es compartida por María Calá que señala que si bien el ordenamiento normativo reconoce determinados derechos considerados fundamentales –como es el caso del derecho a procrear-, tales derechos no

¹¹⁸ *Ídem*, p. 52.

¹¹⁹ *Ídem*, p. 53-54.

¹²⁰ BRAKE, Elizabeth y MILLUM, Joseph, "Parenthood and Procreation", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Editado por Edward N. Zalta (*forthcoming*). Traducción propia. En: <http://plato.stanford.edu/entries/parenthood/> (Consultado 15/12/2016).

son absolutos ni ilimitados. Es por ello que, cuando su ejercicio exceda la esfera de privacidad de cada individuo amparada por el principio de reserva y afecte derechos de otras personas –como en este caso el derecho del concebido a nacer sano- se justifica la intervención estatal en esa esfera de intimidad.¹²¹

Jonathan Anomaly también expresa que al igual que otros derechos, el derecho moral a procrear, sea o no codificado en ley, puede ser anulado por razones familiares. Por ejemplo, casi todo el mundo reconoce que un derecho debe ser limitado cuando su ejercicio causa daño significativo a otras personas. Si las elecciones reproductivas se hacen principalmente por razones privadas -si los futuros padres ignoran las externalidades de tener hijos-, Dan Brock sugiere que algunas elecciones reproductivas pueden ser consideradas como perjuicios para las personas futuras y, por lo tanto, como límites potenciales a la libertad procreativa.¹²²

Allen Buchanan y sus coautores están de acuerdo en que "partes significativas de los costos de tener hijos se exteriorizan en prácticamente todas las sociedades, es decir, son llevadas por otros aparte de los padres (o niños). Cuanto más esto sucede, mayor será la reivindicación que estos otros puedan hacer para tener algo que decir o controlar de los costos que se les imponen. Ni Brock ni Buchanan piensan que estos argumentos sugieren la necesidad de importantes restricciones patrocinadas por el Estado sobre la libertad reproductiva, pero ambos coinciden en que los intereses de otras personas pueden, en principio, anular o limitar el alcance de los derechos reproductivos. Una respuesta común a la idea de que hay límites morales a la libertad procreativa es que el derecho a reproducirse es diferente de otros

¹²¹ CALÁ, María, *óp. cit.*, p. 11.

¹²² ANOMALY, Jonathan, *óp. cit.*, p. 7.

derechos, ya que es una fuente central de significado en la vida de las personas.¹²³

En la experiencia africana, Margaret Munalula también proyecta la idea de límites al acto de procreación en atención a los intereses del Estado y la sociedad. Según señala, los padres dañan el interés de sus potenciales hijos al concentrarse únicamente en satisfacer su propio deseo de procrear sin tener en cuenta la correspondiente responsabilidad de proteger los mejores intereses del futuro niño. En otras palabras, al reclamar un derecho, el padre puede no sólo actuar de manera irresponsable, sino violar los derechos de su hijo.¹²⁴

Entonces, el derecho a procrear debe considerarse como un derecho a la autonomía que debe ejercerse responsablemente teniendo en cuenta tres intereses fundamentales, a saber, los intereses de la vida que se crea, los intereses del Estado, los intereses de la familia extendida y de la comunidad. Si bien puede afirmarse un derecho utilitarista, religioso o moral de reproducirse, hay que tener en cuenta que *“satisfacer el impulso de reproducirse puede aumentar el sufrimiento causado por la superpoblación, contribuir a la incapacidad de satisfacer las necesidades de los niños existentes. . . Y llevar a la existencia niños que tienen más probabilidades que el promedio de llevar vidas miserables”*.¹²⁵

El ejercicio de un derecho legal a reproducirse puede ser moralmente incorrecto debido a la incapacidad de proporcionar a cada niño así creado al menos una oportunidad normal para una buena vida. Y *“puesto que no hacemos daño a las personas posibles si las impedimos que existan,*

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ MARGARET MUNALULA, Mulela. “Rethinking the Right to Procreate. An African Imperative”. *Theoretical Inquiries in Law*. Vol 13, No 1 (2012). Rights and Obligations in the Contemporary Family: Rethorizing Individualism, Families and the State, p. 312. Traducción propia. Disponible en: <http://eial.tau.ac.il/index.php/til/article/viewFile/158/135> (Consultado 08/01/2017).

¹²⁵ PURDY, Laura. “Loving Future People.” En: *Reproduction, Ethics and the Law: Feminist Perspectives* 302. Citado por Margaret Munalula, *idem*, p. 311.

debemos tratar de evitar el nacimiento de aquellas personas con un riesgo significativo de vivir peor que las vidas normales". Puesto que el niño potencial no existe antes de la concepción, no tiene capacidad y por lo tanto no elige recibir la vida independientemente de cómo esa vida resultará. Suponiendo que, si el niño pudiera elegirlo, como la mayoría de los seres humanos normales, preferiría disfrutar, a su debido tiempo, de un nivel de vida adecuado o mejor, entonces el principio del interés superior del niño sólo se puede lograr dándole la vida preferida. Fortalece este punto de vista la teoría de los derechos del niño en general y el interés superior del principio del niño en particular.¹²⁶

Asimismo, el Estado y la sociedad tendrían un interés legítimo en limitar efectivamente la autonomía para procrear. Este interés provendría del hecho de que el Estado proporciona muchos servicios sociales que son compartidos por la sociedad en su conjunto y que están financiados por los impuestos recaudados en su mayoría de los miembros más ricos de la sociedad. Los miembros de la sociedad tienen un interés legítimo en asegurar que los recursos no se diseminen tan delgadamente que el estado no puede cumplir con los servicios sociales básicos. También tienen un interés legítimo en asegurar que el goce de sus propias vidas no se vea erosionado por la presencia de un sufrimiento real por parte de los demás que les rodean, en particular los niños.¹²⁷

Partiendo de tales consideraciones, encontramos que existe una gran cantidad de supuestos de hecho en los cuáles el ejercicio ilimitado de la autonomía reproductiva puede llegar a generar situaciones no deseadas e incluso rechazadas por el ordenamiento jurídico, todo ello como consecuencia de un ejercicio irresponsable de la procreación, es decir, sin tener en cuenta las obligaciones paternales derivadas de tal acto, así como los intereses del

¹²⁶ *Ídem*, p. 312.

¹²⁷ *Ídem*, p. 313.

futuro hijo, quien, en tales casos, viene a ser el principal agraviado por la irresponsabilidad de sus padres.

El problema no tiene que ver con la autonomía *per se*. Ya mencionábamos anteriormente al revisar los fundamentos de la libertad de procrear que la autonomía, entendida como el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional¹²⁸, es un elemento imprescindible de todo Estado de Derecho, sin embargo, desde la óptica de los derechos humanos, no podemos concebir que existan derechos absolutos, ya que sus límites son los otros derechos, no siendo el derecho o principio de autonomía de la voluntad la excepción, ya que éste, al igual que cualquier otros derechos y facultades, tiene su límite en el orden público, las buenas costumbres, y precisamente en el borde de los demás derechos¹²⁹.

Al respecto, Altamira Ginena, citado por Guarrín Ferrer señala que: *“También es principio general del derecho que no hay derechos absolutos, por lo tanto los alcances de la autonomía privada “es un problema de límites”: otorgar carácter absoluto a la autonomía de la voluntad genera un imperio sin límites al arbitrio personal que provoca la anarquía.”*¹³⁰

En ese sentido, como señala Mary Warnock, el derecho adquirido a la autonomía en materia de procreación tiene que ser sopesado contra las consecuencias sociales y el posible daño al niño no nacido de dejar a una mujer tener hijos de manera irresponsable, o un hombre para inseminar a las mujeres criminalmente.¹³¹ Es por ello que se dice que la procreación es un acto interpersonal y no únicamente personal.

¹²⁸ KANT, Immanuel. “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Editorial Porrúa, México, 1996, p. 49.

¹²⁹ GUARRÍN FERRER, Juan Carlos. “Autonomía de la voluntad en los contratos de consumo”. Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado. Año II, N° 02 (2014), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, p. 7. Disponible en: <https://www.uces.edu.ar/journalsopenaccess/index.php/ratioiurisB/article/download/148/174> (Consultado 10/02/2017)

¹³⁰ *Ibidem*.

¹³¹ WARNOCK, Mary. “The Limits of Rights-based Discourse”. En ‘Freedom and Responsibility in Reproductive Choice’, Edited by J.R. Spencer and Antje Du Bois-Pedain. Antje, 2006, p. 4.

2.2. La responsabilidad como límite de la libertad reproductiva

En el orden de ideas que se ha venido exponiendo, nos hemos podido percatar de un conjunto de ideas bastante interesantes. Primero, que el análisis de limitación de los derechos es aplicable plenamente a la prerrogativa de decidir respecto a la propia reproducción, lo cual se sustenta en las consecuencias interpersonales que derivan de este acto, tanto a las demás personas de la sociedad, como a los niños que han de nacer producto de tal acto. En segundo lugar, que, como consecuencia directa de esa vinculación, puede también generarse afectaciones a los demás, si la reproducción es efectuada de manera insensata, descuidada o irresponsable.

Partiendo de esa premisa, en adelante explicaremos, cuál es la importancia del concepto “responsabilidad” en el ejercicio de la reproducción, así como el rol que juega dentro del ámbito de protección de este derecho.

Ante todo, es importante entender el significado de este término. La Real Academia de la Lengua Española define el vocablo “responsabilidad” en cuatro acepciones, de las cuales la cuarta, que se encuentra referida expresamente a sus consecuencias en el Derecho, señala que es: la capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.

En esa misma línea, con respecto a la expresión “responsable”, la RAE apunta que esta proviene del latín medieval: *responsabilis* (que requiere respuesta), el mismo que, a su vez, deriva de *responsāre* (responder). Partiendo de ese contexto, las dos primeras acepciones de esta palabra la definen como: ‘Obligado a responder de algo o por alguien’ y ‘Dicho de una persona: que pone cuidado y atención en lo que hace o decide.’

Las definiciones que acabamos de citar nos permiten entender que el sentido del concepto responsabilidad guarda estrecha relación con la cualidad, atributo, potencialidad (capacidad) de una persona para responder

por algo o alguien y aceptar las consecuencias de sus acciones. En la medida que una persona cumpla tales características, dicha capacidad motivará que ponga cuidado y atención en lo que haga o decida. La responsabilidad se convierte así en un valor moral que denota la conciencia acerca de las consecuencias que tiene todo lo que hacemos o dejamos de hacer sobre nosotros mismos o sobre los demás.

Lo mencionado nos permiten también encontrar otro aspecto característico del término responsabilidad. La forma en que éste valor se encuentra dispuesto, permite identificar dos momentos de acción. Uno *a priori*, que representa el cuidado o prudencia que con la cual la persona se guía en el ejercicio de una determinada actividad; el otro, *a posteriori*, como la determinación de responder por las consecuencias de lo ya hecho.

Esto quiere decir que la responsabilidad es un concepto amplio y complejo, que envuelve un conjunto de implicancias en la forma en que los seres humanos dirigen el destino de sus vidas. Comprender esta idea es imprescindible especialmente para cuando se quiera establecer un conjunto de reglas para el ejercicio de cualquier actividad o prerrogativa, como ocurre en el campo del Derecho, donde las acciones de los individuos son supuestos de hecho que tienen consecuencias en otros individuos de la sociedad.

Por tal razón, traer el concepto de responsabilidad al campo de la reproducción humana conlleva modificar la forma de pensar que se tiene respecto de este acto, más aún si se considera que el acto de procreación genera efectos no solamente en los intereses de la persona que lo ejerce, sino también en otros que, sin siquiera intervenir en este hecho, también son afectados por ello.

Es de ahí de donde deriva el término paternidad responsable, dado que se reconoce que el acto de procreación de un nuevo ser y la conversión de un individuo en padre tiene implícito el cumplimiento de una serie de obligaciones

derivadas de dicho acto. La citada definición de la RAE se aplica aquí como el cuidado que toda persona debe tener al momento de ejercer este comportamiento, así como la debida diligencia y capacidad para responder por aquello, luego de nacido el nuevo ser.

La Comisión Independiente sobre la Población y la Calidad de Vida considera al respecto que la autonomía que se ofrece al individuo para elegir en materia de procreación, es decir, la libertad de decisión frente a la coerción, debe estar contrapesada por la conciencia de las consecuencias sociales posibles de su propio comportamiento ante los demás. Esto debido a que no es posible separar el comportamiento sexual del contexto más amplio de las responsabilidades sociales de cada individuo.¹³²

En esa línea, la elección del tamaño de una familia plantearía un dilema, a causa del conflicto que existe entre *libertad y responsabilidad*. Lo más frecuente es que los individuos decidan el tamaño de su familia en función: 1) de sus deseos, y 2) de sus recursos presentes y futuros, ya que puede ocurrir que lo que parece deseable para un individuo cree problemas para el conjunto de la sociedad. Aquí se plantea un problema de responsabilidad: cuando toman sus decisiones, los padres deben tener en cuenta también las consecuencias de sus decisiones para las futuras generaciones y para el medio ambiente.¹³³

En esa misma línea postula Margaret Munalula, cuando refiere que el derecho a procrear debe ser interpretado “... *con una dosis saludable de responsabilidad*”, lo cual vendría sustentado por la idea básica de que el mantenimiento es consecuencia directa de tener un hijo ya que un niño por la naturaleza de su inmadurez no puede proporcionarse por sí mismo. La disponibilidad de tales recursos no puede dejarse a la providencia. Para ser

¹³² COMISIÓN INDEPENDIENTE SOBRE LA POBLACIÓN Y LA CALIDAD DE VIDA. “Elegir El Futuro: Un Programa Radical para la Mejora Sostenible de la Calidad de Vida”. Editorial IEPALA, 1999. Pág. 223.

¹³³ *Ídem*, p. 224.

justos con el niño, que no puede hacer nada en esa etapa de elegir entre si debe o no existir, la disponibilidad de dichos recursos debe garantizarse antes de su concepción. Con el fin de garantizar que el mantenimiento esté disponible en el momento en que sea necesario, los recursos necesarios deben ser acumulados por adelantado o por lo menos los medios para su acumulación establecidos.¹³⁴

Es posible señalar entonces que cuando se hace mención al derecho básico de decidir libre y responsable, se entiende que ambas nociones son elementos configuradores directos del ámbito de aplicación de la libertad reproductiva.

En tal sentido, se colige que el concepto responsabilidad no surge como una pieza ornamental de los diversos textos que reconocen la libertad de procrear, sino como un elemento articulador y delimitador de la conducta protegida. Así, sólo en la medida que una decisión sobre la reproducción sea **libre** y, al mismo tiempo, **responsable**, nos encontraremos en un ejercicio correcto de este derecho. Caso contrario, si la libertad es ejercida de modo irrestricto y absoluto, sin poner atención al concepto responsabilidad ni en las consecuencias que este acto tendrá en el futuro y en los intereses de otras personas, el derecho aquí reconocido se desvanece y pierde su esencia, dado que se transgrede los límites naturales del derecho.

Recordemos que la Convención CEDAW, en su artículo 16°, inciso e) numeral 1), al mismo tiempo que establecía que los hombres y mujeres tenían iguales derechos para decidir libremente sobre el número y el intervalo de los hijos, también agregaba expresamente el adverbio *responsablemente*:

“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en

¹³⁴ *Ídem*, p. 319.

particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos...

En ese mismo sentido, el Programa de Acción de El Cairo, establecía en su párrafo 7.3. el mismo precepto de libertad y responsabilidad en la procreación, agregando luego una serie de obligaciones derivadas de este acto. Veamos:

*“[L]os derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. (...) **En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.** (Énfasis agregado).*

La Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, de manera similar al texto de El Cairo, señalaba:

“(...) Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y

reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. **En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.** (Énfasis agregado).

Esta orientación hacia un ejercicio responsable del derecho adoptada por los principales instrumentos internacionales vinculantes, también se encontraba plasmada en los documentos antecedentes. Por ejemplo, en el artículo 16° de la Proclamación de Teherán, emitida en la Conferencia Internacional de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, se declaró que:

“La comunidad internacional debe seguir velando por la familia y el niño. Los progenitores tienen un derecho humano básico para determinar libre y responsablemente el número y el espaciamiento de sus hijos”.

La Declaración de México sobre la Igualdad de las Mujeres y su Contribución al Desarrollo y la Paz, emitida en la Conferencia Mundial del Año Internacional de la Mujer prescribía en su Principio N° 12:

“Cada pareja y cada individuo tiene el derecho de decidir libre y responsablemente si tener o no tener hijos así como de determinar su número y espaciamiento y tener la información educación, y medios para hacerlo”

Por último, el Plan de Acción de la Población Mundial (World Population Plan of Action), emitido en la Conferencia Mundial sobre Población de Bucarest indicaba en el inciso f) de sus Principios el concepto *responsabilidad*, y agregaba también lo que sería la definición de este término:

“Todas las parejas e individuos tienen el derecho básico de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y tener

la información, educación y los medios para hacerlo; la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de este derecho toma en cuenta las necesidades de hijos vivos y futuros y su responsabilidad hacia la comunidad".

Como podemos apreciar, todos los textos internacionales que reconocen la facultad de decidir sobre el número y espaciamiento de los hijos, también disponen la obligación de hacerlo **de manera responsable**. Esto significa que la libertad concedida no es irrestricta ni ilimitada, sino que viene definida por la responsabilidad de las parejas e individuos, entendiéndose por ésta, la consideración de sus obligaciones para con sus hijos vivos y futuros, así como su responsabilidad hacia la comunidad, tanto antes como después de procrear.

Entonces, la inclusión del término *responsabilidad* en todos los textos jurídicos mencionados constituye una variable modificadora del postulado principal de *decisión libre*.

Para entender de manera gráfica lo que venimos afirmando, tenemos el siguiente cuadro que ilustra la forma en la que se encuentra reconocida la libertad de procrear, dentro del conjunto de comportamiento relacionados con la reproducción humana.



Fuente: Elaboración propia.

El cuadro externo comprende todas aquellas actividades y conductas, lícitas y libres o no, realizadas por los seres humanos en el ámbito de la reproducción. Dentro de éstas, solamente el círculo interno que abarca las decisiones libres y responsables, son las que se protegen mediante el derecho o libertad de procrear, en la medida que concuerdan con el texto expreso de la norma. Dicho en otras palabras, dentro de la gama de situaciones y supuestos que comprende la reproducción humana, sólo aquella decisión reproductiva efectuada dentro de un contexto de **libertad** y también de **responsabilidad**, será la que merecerá protección de la sociedad y del Estado.

Quedan entonces exceptuadas del ámbito de protección del referido derecho los comportamientos reproductivos que no se ejerzan de manera responsable, dada la potencialidad de un daño en contra de los intereses de los demás sujetos interesados en la procreación.

Es importante mencionar que el hecho de que se haya decidido incorporar en el texto de manera expresa el término “**responsabilidad**” no puede ser interpretado como mera casualidad o como un ornamento para que el texto normativo luzca interesante a los ojos de la comunidad internacional. Al contrario, ello significa que éste es un requisito sumamente importante y que no puede ser dejado de lado. Solo la responsabilidad, definida como la consideración y previsión respecto de las obligaciones y exigencias derivadas del acto reproductivo da contenido y solidifica la voluntad de los países y organismos internacionales expresados en los tratados internacionales.

Es difícil e inconcebible siquiera pensar que tantos años de esfuerzo en la búsqueda de un marco jurídico de protección de las decisiones reproductivas, pueda ser interpretado de una manera que permita a las personas tener hijos sin algún tipo de consideración por sus hijos, o, en el peor de los casos, procrearlos como si fuera objetos, para satisfacer necesidades o intereses personales. Cualquier tipo de conducta que se ubique dentro de este último

supuesto, de acuerdo a una interpretación literal, lógica, funcional o teleológica de las normas antes citadas, debería entenderse como proscrita.

La delimitación del ámbito de protección de la libertad reproductiva sobre la base de un comportamiento responsable nos lleva necesariamente a sopesar los intereses en juego derivados de la práctica reproductiva, especialmente de aquél que vivirá y sentirá personalmente y por el resto de su vida, las consecuencias de este suceso. Partiendo de esa premisa, cuando una persona o pareja ejerce su libertad de procrear, está tratando con la vida de una persona cuyos intereses también se encuentran protegidos por la ley y que deben ser tomados en cuenta de manera obligatoria al materializar dicha facultad.

2.3. Deberes paternales y derechos del niño

Conforme a lo que acabamos de discutir, el deber de responsabilidad en la reproducción consiste en la capacidad de tomar decisiones prudentes y conscientes de acuerdo con las consecuencias de este acto, así como la capacidad de responder por ellas una vez realizado aquel. Estas consecuencias a las que nos referimos son aquellas obligaciones que surgen del acto reproductivo y que tiene como protagonistas a la persona o pareja que, en ejercicio de su libertad de procrear, han dado nacimiento a una nueva persona, la misma que tiene derechos y prerrogativas que sus progenitores se encuentran en el deber de satisfacer.

En ese sentido, puede señalarse que la importancia que tiene la idea de deber de los padres tener en cuenta las necesidades de los hijos vivos y futuros al momento de procrear, tiene una íntima relación con los derechos del niño a nacer y crecer en un ambiente que satisfaga correctamente sus necesidades. Ello significa que reproducirse no implica ganarse o comprarse un objeto o una propiedad con la cual podamos hacer lo que nos venga en gana; al contrario, dar vida a una nueva persona significa tener en cuenta sus

derechos, facultades, potestades, atribuciones, etc., los cuales estamos en la obligación de respetar y de cumplir satisfactoriamente una vez que éste nazca.

Estos derechos abarcan toda una compleja estructura de valores, principios, teorías que reconocen la condición de persona y sujeto de derecho del niño y, como tal, la obligación que tiene el Estado de defenderlo y ampararlo, partiendo para ello de la especial situación de vulnerabilidad y de necesidad que posee, razón por la cual es necesaria la existencia de un régimen de protección cuyos directos actores serán sus progenitores.

Esta situación ha sido reconocida en diversos instrumentos internacionales que protegen al niño y sus derechos. En primer lugar tenemos la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959¹³⁵, la cual exponía en su preámbulo que:

“[E]l niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento...”

Más adelante, en su Principio VI, establece que son los padres los encargados de cumplir con dicha protección y crianza. Veamos:

“Principio VI:

El niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, necesita amor y comprensión. Siempre que sea posible, deberá crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres y, en todo caso, en un ambiente de afecto y de seguridad moral y material; salvo circunstancias excepcionales, no deberá separarse al niño de corta edad de su madre. (...).”

¹³⁵ Véase texto completo de la Declaración de Derechos del Niño en: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/> (Consultado 30/01/2017)

Un desarrollo normativo más amplio lo hace la Convención sobre los Derechos del Niño¹³⁶, la misma que en sus artículos 18° y 27° establece el rol de la familia y los padres en la crianza y desarrollo del niño:

Artículo 18

“1. Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño.

2. A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños.

(...)”

Por su parte, el artículo 27 indica:

Artículo 27

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

2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades

¹³⁶ Véase texto completo de la Convención sobre los Derechos del Niño en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (Consultado 31/01/2017).

y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño.

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

Como podemos apreciar, la Convención establece obligaciones directas tanto para los Estados partes como para los padres. De ello se colige que el derecho internacional de los derechos humanos reconoce a la familia como el núcleo central de protección de la infancia y la adolescencia, además de reconocer el derecho que los niños tienen de vivir con su familia. Se establece así un régimen de responsabilidad, en el cual la familia tiene la responsabilidad principal de proteger los derechos del niño y, el Estado la de coadyuvar a la familia, en la medida en que ésta no pueda garantizar con recursos propios todos los derechos elementales del niño.¹³⁷

La responsabilidad primaria por el bienestar del niño y el goce de sus derechos recae en sus progenitores y en los miembros de su familia de origen independientemente de la composición y la forma de constitución de ésta. A su vez, los progenitores tienen una serie de derechos y responsabilidades en el marco de las relaciones familiares de carácter paterno-filial, que deben ser respetados y garantizados por los Estados. Al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño señala que corresponde a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial para la crianza y el

¹³⁷ O'DONELL, Daniel. “La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia”. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. Pág. 126-127. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2467/8.pdf> (Consultado 24/12/2016).

desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social del niño, debiendo ser su preocupación fundamental el interés superior del niño y su bienestar. La Convención es, además, precisa en establecer la obligación de los Estados consistente en prestar el apoyo y la asistencia adecuada a los padres y a las familias en el cumplimiento de sus responsabilidades parentales.¹³⁸

Esta protección de la que habla la Convención es incluso considerada un derecho fundamental del niño procreado en la medida que los deberes de crianza son obligaciones que preexisten al mismo Estado y que siempre han estado presentes en las sociedades del mundo, al mismo tiempo por la vinculación que existe entre el cumplimiento de tales obligaciones y la posibilidad de supervivencia del niño.

Surge así también la protección del derecho a la familia, el cual se relaciona estrechamente con la efectiva vigencia de todos los derechos del niño debido al lugar que ocupa la familia en la vida del niño y su rol de protección, cuidado y crianza. En el período correspondiente a los primeros años de vida del niño, cuando la dependencia de los adultos es mayor para la realización de sus derechos, la vinculación del derecho a la familia con los derechos a la vida, el desarrollo y la integridad personal, es particularmente importante. Coherente con el rol que la familia desempeña en la vida del niño, la Convención sobre los Derechos del niño relaciona el derecho a la familia con la realización del principio del interés superior del niño establecido en el artículo 3° de la misma. En este artículo, la Convención vincula, de modo particular la realización de los derechos y los intereses del niño con dos elementos:

- i) por un lado, con los derechos y deberes de los padres, tutores u otras personas responsables legalmente del niño,

¹³⁸ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. “El Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas”. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 54/13, octubre 2013, p. 19. Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf> (Consultado 30/12/2016).

- ii) y de otro, con la responsabilidad de los Estados de velar por la protección y el cuidado que sean necesarios para el bienestar del niño.

Esta vinculación da cuenta de la importancia fundamental y primaria que la familia tiene en la vida del niño y en la realización de sus derechos y su interés superior, muy especialmente en la primera infancia, a la vez que establece la obligación del Estado de velar para que existan las condiciones para que esta protección efectiva pueda darse por parte de los progenitores y la familia del niño, considerando la realización de todos los derechos del niño y, en caso que ello no fuera posible o se vulneraran sus derechos, adoptar las medidas adecuadas para la protección del niño. Adicionalmente, en consonancia con la interpretación holística de la Convención que realiza el Comité de los Derechos del Niño, la realización del interés superior del niño debe considerarse a la luz de la autonomía progresiva del niño en la toma de decisiones que le afecten y en el ejercicio de sus derechos.¹³⁹

En ese sentido, los hijos tienen como derecho fundamental el de ser cuidados y tener acceso a asistencia especial en virtud de su inmadurez, así como de desarrollarse preferentemente en una familia que le brinde un medio de felicidad, amor y comprensión, elementos importantes para un crecimiento y desenvolvimiento funcional. La crianza de los hijos debe estar guiada por el principio del interés superior de la infancia, lo que implica que se tiene que actuar, por parte de sus progenitores, de modo que ellos alcancen su plena realización y desarrollo físico, emocional y social. Los niños y las niñas tienen derecho a que los padres atiendan a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.¹⁴⁰

¹³⁹ *Ídem*, p. 18.

¹⁴⁰ PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat. “El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 138. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013, p. 1164-1165.

Los deberes de crianza y educación corresponden a ambos padres. Las obligaciones alimentarias, las decisiones sobre la educación de los hijos, los deberes de cuidado y asistencia general, así como para procurar y conservar la salud de los mismos deben ser asumidas por los padres, aun cuando alguno de ellos hubiera perdido la patria potestad, ya que hay que recordar que con este hecho se suspenden, limitan o pierden derechos, pero no las obligaciones con respecto a sus descendientes. De igual forma, de conformidad con los valores de convivencia familiar, que señalan que las relaciones entre los integrantes de la familia deben crearse y desarrollarse en un ambiente de respeto y solidaridad, los hijos tienen para con los padres el deber de respetarlos y obedecerlos, en su mejor interés.¹⁴¹

Por otro lado, en el caso del Estado, éste debe garantizar a los menores el disfrute de sus derechos y, para ello, deben garantizar la asistencia y protección necesaria, tanto los aspectos personales como sociales, en los ámbitos de la familia, la salud, la educación, la justicia, la cultura, el consumo o el ocio. A tal efecto, deberán actuar a través del sistema sanitario, educativo o de servicios sociales de responsabilidad pública.¹⁴² En esa línea, recordemos que los niños tienen un derecho al amor paternal que se encuentra estipulado en el preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, lo que significa que para el desarrollo pleno y armonioso de su personalidad, el niño debe *"crecer en un ambiente familiar, en una atmósfera de felicidad, amor y comprensión"*.¹⁴³

Disponible en línea: <http://www.sciencedirect.com/science/article/pii/S0041863313711645> (Consultado 26/12/2016).

¹⁴¹ *Ibidem*.

¹⁴² DE PALMA DEL TESO, Ángeles. "El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores". Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 15, Madrid, 2011, p. 187. Disponible en: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/15/Angeles%20de%20Palma.pdf> (Consultado 24/12/2016)

¹⁴³ M. KIRILOVA, Eriksson, *óp. cit.*, p. 194.

La familia es la primera y directamente responsable de la guarda del menor, de su crianza y formación. Los menores deberían crecer, siempre que sea posible, al amparo y bajo la responsabilidad de los padres. Sin embargo, las Administraciones Públicas no son ajenas a esta tarea privada. En consideración a las esenciales funciones legales atribuidas a la familia respecto a los menores, la propia Constitución encomienda a los poderes públicos el deber de colaborar y asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Además, las Administraciones están, asimismo, obligadas a velar porque los padres u otros responsables del menor cumplan debidamente sus funciones de guarda. Así, cuando las Administraciones detectan que un menor, en el seno de la familia, padece una situación de falta de atención o protección, deberían intervenir y garantizar al menor la asistencia necesaria.¹⁴⁴

En el orden de ideas expuesto, concluimos que no es posible desvincular el acto reproductivo de la idea de deber y de responsabilidad. No se trata solamente de querer tener un hijo y ya. La autonomía que las normas internacionales reconocen a los seres humanos debe ser interpretada dentro en un marco de obligaciones y exigencias que el futuro niño demandará.

La decisión de procrear viene con la voluntad implícita de querer ser padre y, en consecuencia, con el deseo y la capacidad de asumir las obligaciones derivadas de este suceso. De cierta manera podría decirse que para emprender la reproducción y pretender ser padre no basta con la sola voluntad de serlo. Es imprescindible también cumplir una serie de “competencias parentales” que es aquella capacidad de cuidar a los hijos y dar respuestas adecuadas a sus necesidades.¹⁴⁵ Rodrigo, Máiquez, Martín y Byrne, citados por Salles y Ger, definen las competencias parentales como el conjunto de

¹⁴⁴ *Ibidem*.

¹⁴⁵ SALLES Cristina y GER Sandra. “Las competencias parentales en la familia contemporánea: Descripción, promoción y evaluación”. En Revista d'intervenció socioeducativa [en línea], Núm. 49 (2011), p. 28-29. Disponible en <http://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/viewFile/250177/369142>. (Consultado 03/02/2017).

capacidades que permiten a los padres afrontar de forma flexible y adaptativa la tarea vital de ser padres, de acuerdo con las necesidades evolutivas y educativas de los hijos/as y con los estándares considerados como aceptables por la sociedad, y aprovechando todas las oportunidades y apoyos que les ofrecen los sistemas de influencia de la familia para desarrollar estas capacidades.¹⁴⁶ Decidir ser padre significa, entonces, querer serlo y, además, tener las aptitudes, físicas, psicológicas, materiales, etc., para poder cumplir ellos adecuadamente, lo que en otras palabras significa ser capaz de serlo.

Es por ello que se hace tan importante valorar tanto el concepto “libertad” como el de “responsabilidad”. Ambos cumplen funciones muy importantes que dan contenido y una finalidad noble a este comportamiento, orientándolo hacia un ejercicio responsable de la paternidad, vale decir, una paternidad responsable. Decisión libre y responsable es un binomio inseparable y es obligación del Estado procurar que ambos elementos sean tenidos en cuenta en igual magnitud por los individuos y parejas. En ese sentido, la autonomía, independiente, autodeterminación reproductiva no son absolutos, por el contrario, tienen límites que son dados por la responsabilidad, lo que evita que su objetivo se desvíe y ampare supuestos de ejercicio abusivo, antisocial y perjudiciales para los intereses de los demás.

Reproducción humana → Libertad y Responsabilidad (Autonomía y Deberes de los padres) → Paternidad Responsable → Derechos del niño.

Solo en la medida en que ello sea así, las declaraciones internacionales de defensa de los derechos reproductivos, así como las cláusulas de protección del niño contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración de los Derechos del Niño tendrán sentido y coherencia, puesto que, solo así, el Sistema Internacional de Derechos Humanos logrará sus objetivos de defensa de la persona humana y de su dignidad.

¹⁴⁶ *Ibidem.*

A manera de síntesis:

La libertad o autonomía para procrear es, sin lugar a dudas, un derecho fundamental de la persona humana. Su propia condición de facultad inherente a la naturaleza misma del ser humano hace que sea considerada así. En ese sentido, la protección que merece por parte de la sociedad y del Estado es esencial para que los individuos puedan desarrollarse de manera libre y sin ningún tipo de injerencias que impidan al ser humano desarrollarse como éste desee.

No obstante, este campo de libertad no puede ser interpretado como una forma de permiso para transgredir contra los derechos de los demás. Los derechos, fundamentales o no, tienen una finalidad social y han sido concebidos para la vida en sociedad. Son de uno y son de todos a la vez, por ende, su ejercicio debe realizarse en armonía con los derechos y las libertades que también son concedidos a los demás. Como señala bien señalaba Recasens Siches, no hay libertad para atentar contra la libertad, a partir de lo cual se deduce que el ejercicio de los derechos tiene límites, los mismos que vienen dados por la prohibición de dañar los derechos de otros.

No escapa a ello el ejercicio de la libertad reproductiva. Si bien, líneas arriba, se mencionó que es primordial que se respete la libertad y la decisión autónoma de las personas en los temas referidos a su reproducción, también es necesario reconocer que ello no puede dar lugar a interpretaciones egoístas ni arbitrarias de esta potestad, más aún si se considera que el ejercicio de esta facultad tiene no es únicamente personal, sino que genera consecuencias directas en terceras personas, independientes a los procreadores. El niño que nacerá es también parte interesada en la reproducción, porque aun cuando no exista al momento en que se practica el acto que motiva la reproducción, se reconoce expresamente que, al nacer, traerá consigo una serie de obligaciones y deberes derivadas de ese acto, las mismas que deben ser correctamente satisfechas por sus progenitores.

Es precisamente por tal razón que todos los convenios, conferencias y planes de acción referidos a la reproducción humana incluyen expresamente el elemento “responsabilidad” junto al de “libertad”, ya que es aquél el que le asigna límites y una finalidad noble a éste, así como el signo inequívoco de la importancia que tienen los derechos del niño en la procreación. El derecho a ser criado por los padres y a que éstos satisfagan todas las necesidades básicas del menor al nacer, son una muestra clara de que el objetivo de la reproducción en el ámbito normativo internacional es garantizar la paternidad responsable.

CAPÍTULO III: LA LIBERTAD
REPRODUCTIVA EN EL PERÚ

1. TRATAMIENTO DE LA LIBERTAD REPRODUCTIVA EN EL PERÚ

1.1. Los derechos reproductivos y su reconocimiento en el Perú

Habiendo repasado el conjunto de textos normativos que tratan sobre la reproducción humana, así como los aspectos generales de lo que representa la salud y la libertad en su ejercicio, entramos ahora a revisar el contexto peruano, a fin de establecer cuál es el tratamiento que nuestro ordenamiento jurídico le ha dado a esta importante facultad humana.

Aunque no es objetivo del trabajo profundizar en las vicisitudes históricas que caracterizaron al desarrollo de las políticas en materia de reproducción en el Perú, es importante tenerlas en consideración, dado que será de mucha utilidad comprender el proceso a través del cual nuestro país, poco a poco, al menos en el plano político, se ha ido adaptando a la tendencia global de reconocer la existencia de derechos reproductivos.

Una somera revisión de varias investigaciones sobre el particular nos permite percatarnos de que el Perú tiene una historia de avances y retrocesos en cuanto al reconocimiento de los derechos reproductivos, situación que tiene su sustento en las diferentes posiciones político-ideológicas que siguieron sus gobernantes durante los diferentes periodos de su vida republicana.

Marcos Cueto¹⁴⁷ señala que un primer periodo de las políticas públicas relacionadas con la reproducción estuvo marcado por la convicción de que el decrecimiento poblacional era perjudicial y que el territorio peruano se encontraba, más bien, despoblado, razón por la cual el objetivo era propiciar

¹⁴⁷ CUETO, Marcos. “La vocación por volver a empezar. Las Políticas de Población en el Perú”. Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública. Instituto Nacional de Salud. Volumen 23, número. 2, abril-junio. Lima, 2006. ISSN versión electrónica 1726 – 4634, p. 123. Disponible en: http://www.scielo.org.pe/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1726-46342006000200008&lng=es&nrm=iso (Consultado 30/11/2016).

el incremento de la población. Hasta ese momento, la idea de un derecho que protegiera la reproducción en sí misma era impensable. Por el contrario, la posición de los políticos y profesionales peruanos, influenciados fuertemente por los postulados religiosos se mostró a favor del incremento de las tasas de natalidad.

Posteriormente, a comienzos de la década del cincuenta que se funda la Federación Internacional de Planificación de la Familia, IPPF, que promovía medidas controversiales en países de tradición católica como el Perú como la anticoncepción. Casi al mismo tiempo, se creó el Population Council, que pertenecía a una familia con un papel decisivo en los primeros programas reproductivos internacionales.¹⁴⁸

Gracias a las ideas introducidas por estas agencias internacionales y las primeras conferencias de población (como la de Teherán) se fundaron en el país instituciones como la Asociación Peruana de Paternidad Responsable, que brindaba información y métodos anticonceptivos para regular el número de hijos de las familias. Asimismo, un grupo de médicos y científicos sociales crearon el Centro de Estudios de Población y Desarrollo (CEPD) que se encargaba de realizar investigaciones, y participar en programas de salud materno-infantil con el Ministerio de Salud, manteniendo una relación estrecha con el IPPF¹⁴⁹.

Casi en la misma época, en 1967, se funda la Asociación Peruana de Planificación Familiar (APPF) con el apoyo de la Federación Internacional de Planificación Familiar (IPPF). La IPPF promovió su formación y proveyó de fondos a esta filial peruana, la cual también obtuvo recursos financieros a través de donaciones de origen privado nacional. Las primeras clínicas de la APPF iniciaron sus actividades en los barrios marginales de Lima, con el apoyo técnico y financiero de la IPPF, en las que se prestaba servicios de

¹⁴⁸ *Ídem*, p. 124.

¹⁴⁹ *Ibidem*.

ginecología, planificación familiar y tratamiento de la infertilidad. En estas clínicas, se ofrecían anticonceptivos orales, dispositivos intrauterinos y preservativos como métodos de planificación familiar¹⁵⁰.

Pese a los logros alcanzados, con el inicio del gobierno militar de Juan Velasco Alvarado en 1968, que propugnaba ideas de corte nacionalista, antiimperialista e izquierdista, se abrazó sin mayores elaboraciones una ideología “pro natalista” y prohibió todas las actividades referidas a la planificación familiar, inclusive aquellas relacionadas con la educación sexual.

La justificación tanto para los militares como para sus asesores izquierdistas fue el imperativo del “antiimperialismo”; se creía que existía una conspiración de los países anglosajones en impedir el nacimiento de más pobres; o en todo caso que Estados Unidos buscaba desviar la atención de lo que eran los verdaderos problemas estructurales como la explotación económica. Para el gobierno militar no existía un problema de “sobrepoblación” sino de “sobre explotación” de los pobres.¹⁵¹

Pese a este periodo de estancamiento, posteriormente, a partir del año 1975 con el gobierno de Morales Bermúdez y luego, en 1980, con el segundo gobierno democrático del presidente Belaunde, se aprobaron normas de planificación familiar, y poco después creó un Consejo Nacional de Población, una institución gubernamental que congregó a un grupo brillante de intelectuales y especialistas en la materia. Desde 1983 el Ministerio de Salud, bajo el régimen de Belaunde, ofreció servicios de planificación familiar gracias a la influencia de médicos sintonizados con las corrientes sanitarias internacionales. Dos años después, y en parte por influencia del consejo, se aprobó la primera Ley de Población (que será analizada más adelante) que proponía un balance entre el tamaño de la población, su distribución y el

¹⁵⁰ DONAYRE VALLE, José *et al.* “Programas y Políticas de Población en el Perú. Del Debate a la Acción.” Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2012, p. 133.

¹⁵¹ CUETO, Marcos, *óp. cit.*, p. 126.

desarrollo socio-económico. Asimismo, daba al Estado la responsabilidad de hacer accesibles métodos anticonceptivos en los servicios públicos de salud.¹⁵²

Más tarde, en la década de los noventa, el régimen de Alberto Fujimori nos demuestra una posición más activa en el tema de la planificación familiar, influenciado en gran medida por las ideas expuestas en las Conferencias de Beijing, El Cairo, así como en la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer, a la cual asistió en 1995. Aunque el objetivo que se buscó era loable en la medida que se pretendía alcanzar un régimen de igualdad, salubridad y libertad en el ejercicio de los derechos reproductivos, por lo general se señala que el régimen fujimorista no tuvo en cuenta la integralidad de las estrategias de El Cairo y Beijing y se concentró en una sola técnica de regulación poblacional: la anticoncepción quirúrgica voluntaria, AQV, la cual se habría implementado entre las mujeres más pobres del campo durante los años 1996-1998, dando como resultado presuntas violaciones a los derechos humanos en campañas de ligadura de trompas muchas veces a cambio de dinero, alimentos o productos.¹⁵³

Después del gobierno de Fujimori, la atención sobre la figura de la reproducción humana ha sido escasa o vacía. Las únicas discusiones que han sacado a la luz nuevamente el tema han sido los debates en torno a la obligatoriedad del Estado de distribuir los denominados Anticonceptivos Orales de Emergencia (AOE), la misma que ha sido puesta en tela de juicio debido a presuntas propiedades abortivas que tendría la misma, habiendo llegado a interponerse una demanda de amparo contra el Ministerio de Salud en virtud de la cual el Tribunal Constitucional en un controvertido fallo prohibió al Estado la distribución de este método de contracepción.¹⁵⁴

¹⁵² *Ídem*, pp. 126-127.

¹⁵³ *Ídem*, p. 129.

¹⁵⁴ *Ibidem*.

No está de más recordar que recientemente, el año 2016, emergió durante un corto periodo de tiempo un debate, nuevamente respecto a la permisibilidad de la referida AOE, empero, tampoco se llegó a una conclusión certera sobre el tema.

A modo de conclusión, podemos decir que aun con los aciertos y tropiezos incurridos debido a la falta de coherencia en las políticas de gobierno de nuestros representantes, el Estado Peruano ha logrado ponerse a la marcha internacional en materia de derechos reproductivos, lo que ha permitido, como veremos en las líneas que siguen, formar un sistema jurídico básico que trate los temas de población y reproducción de manera coherente con las tendencias de protección antes estudiadas.

1.2. Marco normativo peruano de la libertad reproductiva

Como ya se ha venido adelantando en el apartado anterior, durante las más de seis décadas transcurridas desde mediados del siglo pasado hasta la actualidad, nuestro país ha venido implementando paulatinamente una serie de medidas legales con la finalidad de atender correctamente el problema de la población, dentro de la cual se ha ubicado el tema de la reproducción humana.

Los derechos sexuales y reproductivos sobre los que se ha venido discutiendo previamente se han ido internalizando gradualmente en nuestro ordenamiento jurídico, tanto al adherirse, suscribir y comprometerse en el cumplimiento de los instrumentos internacionales antes señalados, como al haber establecido normas con rango de ley que versen sobre dichos temas.

En adelante haremos un recuento de las principales disposiciones normativas que han asimilado la noción de derechos reproductivos y, dentro de ellas, el concepto de libertad reproductiva, que es objeto de análisis de esta investigación. Para tal efecto, a fin de obtener una mejor comprensión del

tema, hemos establecido tres niveles de fuentes normativas que regulan el tema bajo investigación en el Perú.

- **Nivel internacional:**

Independientemente de las diversas reuniones y conferencias, citadas al inicio de este trabajo, a las cuales el Perú asistió y en las que se trató el tema de los derechos reproductivos, (muchas de las cuales no llegaron a establecer un consenso internacional expreso), las que se citan a continuación merecen ser resaltados tanto por haber sido perfeccionados en nuestro país, como por habernos impuesto obligaciones expresas sobre el tema en cuestión.

En primer lugar, tenemos la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (Convención CEDAW), tratado internacional que fue adoptado y abierto a la firma, ratificación o adhesión por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución N° 34/180 del 18 de diciembre de 1979, entrando en vigor el 3 de setiembre de 1981, de conformidad con su Artículo 27°. Fue suscrita por el Perú el 23 de julio de 1981 y aprobada por Resolución Legislativa N° 23432, publicada el 5 de junio de 1982. El instrumento de ratificación del 20 de agosto de 1982, se depositó el 13 de setiembre de 1982. Vigente desde el 13 de octubre de 1982.

Como ya se señaló anteriormente, este dispositivo internacional aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas establecía en el inciso e) numeral 1) de su artículo 16° que:

*“1. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: (...) **e) Los mismos derechos a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los***

medios que les permitan ejercer estos derechos...” (Énfasis agregado).

Lo que este dispositivo normativo impone al Perú, es la proscripción de todo tipo de discriminación en contra de la mujer, incluyendo, como no podía ser de otra forma, las cuestiones relativas a la reproducción. Es ampliamente conocido que, durante muchos años previos a la suscripción de este instrumento internacional, la sociedad mundial ha tenido una evidente tendencia a hacer prevalecer el papel del hombre dentro de la familia, postergando la posición de la mujer a una herramienta reproductora a cargo de los hijos.

Sin embargo, a partir de la Convención CEDAW se establece un marco de igualdad de roles en la familia y se eleva el estatus de la mujer a participe igualitario en la elección del número de hijos y el intervalo entre éstos. Desde esta nueva perspectiva, son ambos los que deciden, descartándose todas las ideas machistas sobre la reproducción que solo consideraban a la mujer como un objeto sexual y reproductivo.

Los otros dos instrumentos relevantes que imponen obligaciones al Estado Peruano son la Declaración y Plataforma de Acción emitidos en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer de Beijing (1995) y la IV Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo de El Cairo (1994)¹⁵⁵ que

¹⁵⁵ Cabe tener en cuenta que, aunque el Estado Peruano sustentó reservas al contenido del Plan de Acción, éstas se dirigieron únicamente a la idea de permitir el aborto, mas no contra lo demás que quedó acordado. Para mayor referencia, léase a continuación el texto de la reserva formulada por el Perú: “... [E]l Gobierno del Perú desea dejar expresa constancia de lo siguiente: 1. Los lineamientos del Programa de Acción en el Perú serán ejecutados en el marco de la Constitución y de las leyes de la Republica, así como de los tratados internacionales sobre derechos humanos y la Convención sobre los Derechos del Nino, entre otros, debidamente aprobados y ratificados por el Estado peruano. 2. En este marco, cabe mencionar el artículo segundo de la Constitución del Perú, que reconoce a todas las personas el derecho a la vida desde el momento de la concepción; el aborto se encuentra debidamente tipificado como delito en el Código Penal peruano, con la única excepción del aborto terapéutico. 3. El Perú encara el aborto como un problema de salud pública que debe ser enfrentado, principalmente, a través de la educación y de programas de planificación familiar. En tal sentido la Constitución peruana reconoce el rol fundamental de la familia y de los padres a través de una paternidad y maternidad responsable, que no es sino el derecho a elegir libre y voluntariamente el número y el espaciamiento de los hijos que deseen tener. Así como el método de planificación familiar por el que opten, siempre que no atente contra la vida. 4. El Programa de Acción contiene conceptos como los de salud reproductiva”, “derechos reproductivos” y “regulación de la fecundidad”, que en opinión del Gobierno requieren de una mayor precisión y de una determinante exclusión del aborto por ser

reafirmaron la importancia de garantizar los derechos de las mujeres, la integración del enfoque de género en las políticas generales y la aplicación de medidas de acción positiva sobre la salud sexual y reproductiva, pero, esencialmente, brindaron definiciones bastante claras respecto a los conceptos de salud y libertad reproductiva.

De un lado, la Conferencia Internacional de Población realizada en el Cairo, señala en el párrafo 7.3. de su Programa de Acción una definición de la libertad reproductiva, a saber:

*“... [Los derechos reproductivos] se basan en el reconocimiento **del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre estos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva.** También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.*

La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos debe ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.”

un método contrario al derecho a la vida. Agradeceremos que la presente reserva interpretativa del Programa de Acción conste debidamente en actas...” Véase el texto completo de la Conferencia en: <http://www.un.org/popin/icpd/conference/offspa/sconf13.html>

Por su parte, la Declaración y Plataforma de Acción de Beijing, emitida en la Cuarta Conferencia Mundial de las Mujeres, de manera similar a la anterior señala:

*“Teniendo en cuenta la definición que antecede, los derechos reproductivos abarcan ciertos derechos humanos que ya están reconocidos en las leyes nacionales, en los documentos internacionales sobre derechos humanos y en otros documentos pertinentes de las Naciones Unidas aprobados por consenso. **Esos derechos se basan en el reconocimiento del derecho básico de todas las parejas e individuos a decidir libre y responsablemente el número de hijos, el espaciamiento de los nacimientos y el intervalo entre éstos y a disponer de la información y de los medios para ello y el derecho a alcanzar el nivel más elevado de salud sexual y reproductiva. También incluye su derecho a adoptar decisiones relativas a la reproducción sin sufrir discriminación, coacciones ni violencia, de conformidad con lo establecido en los documentos de derechos humanos. En ejercicio de este derecho, las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad.** La promoción del ejercicio responsable de esos derechos de todos deben ser la base primordial de las políticas y programas estatales y comunitarios en la esfera de la salud reproductiva, incluida la planificación de la familia.*

Es necesario mencionar en este punto que, si bien estos dos últimos instrumentos no tuvieron el mismo procedimiento de perfeccionamiento interno que tuvo la Convención CEDAW, ello no les quita el carácter de obligatorios para el Estado Peruano. Por el contrario, considerando que precisamente la Plataforma de Acción es una ruta de acción de la Convención CEDAW y que el Perú se comprometió a su cumplimiento conjuntamente con

otros 188 países, ambos acuerdos, conforme al Derecho de los Tratados, son imperativos, independientemente de su denominación.

Al respecto, es menester recordar que el término "tratado", dentro del contexto del Derecho Público Internacional, engloba todo acuerdo internacional. Esta postura es compartida por la doctrina, donde se señala que: "*(...) Cualquiera sea su denominación particular -convención, pacto, acuerdo, carta, convenio, declaración, compromiso, protocolo, estatuto, notas reversales, acta, reglamento, etc.- en todos los supuestos se define a un mismo negocio jurídico generalmente identificado como Tratado*"¹⁵⁶.

Ahora, es importante mencionar que si bien el artículo 55° de la Constitución Política vigente, no les otorga a los tratados internacionales el mismo rango constitucional que sí hacía la Constitución de 1979, ello no significa que estos dispositivos, al no tener tal condición, puedan ser contradichos mediante otras normas legales que se opongan a ellas o que pretendan incumplir su contenido. Al contrario, los Estados tienen la obligación de respetar tales compromisos en mérito al principio *Pacta Sunt Servanda*, propio del Derecho Internacional, que se encuentra consagrado en el artículo 26° de la Convención de Viena, que señala: "*sin perjuicio de la supremacía de la Constitución, las autoridades también deben respetar los compromisos internacionales adquiridos por el Estado que han sido incorporados a la legislación interna*". Entonces, así en el sistema normativo nacional los tratados internacionales debidamente incorporados en el ordenamiento interno se ubiquen jerárquicamente en la misma posición que las leyes ordinarias, en virtud del principio *pacta sunt servanda* del derecho internacional, las autoridades internas, incluyendo al legislador, deberán respetar el contenido de dichos tratados.

¹⁵⁶ MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl; GUTIÉRREZ, Hortencia. "Derecho Internacional Público". Tomo 1, Víctor P. de Zavalía, Buenos Aires, 1981, p. 96.

Se concluye, por tanto, que a nivel internacional existen varios instrumentos normativos que vinculan al Estado Peruano a reconocer los conceptos y obligaciones establecidos en la Convención CEDAW, la Plataforma de Acción de Beijing y el Programa de Acción del Cairo, referidos a la protección, garantía y salvaguarda de los derechos relativos a la reproducción humana, específicamente de la libertad reproductiva, entendido éste como el derecho básico de decidir libre y responsablemente sobre las cuestiones relativas a la reproducción.

- Nivel Constitucional

En lo que respecta al plano constitucional, el ordenamiento jurídico peruano ha mostrado una importante evolución en los conceptos de reproducción humana, dentro de un contexto vinculado con las cuestiones relativas a la población. Este desarrollo normativo coincide con el proceso emprendido a nivel internacional y que tuvo sus más importantes resultados desde fines de la década de 1970 hasta mediados de 1995 cuando se aprobó internacionalmente los Textos de la Convención CEDAW y el Plan y Programa de Acción precitados.

Como ya se había referido al examinar el proceso peruano de evolución política de los temas referidos a la reproducción, el contexto político irregular que tuvo el país desde la década de 1950 hasta mediados de 1970 había detenido el avance que se había estado alcanzando sobre el tema, empero, desde la caída del régimen militar de Velasco en adelante se retomaron los esfuerzos y de manera todavía discreta se logró incluir en la Constitución Política de 1979 un texto que, aunque no señalaba un régimen de protección expreso de la reproducción humana, formaba las bases de lo que se construiría más adelante. Así, en el artículo 6º de dicha norma constitucional se estableció que:

“El Estado ampara la paternidad responsable. Es deber y derecho de los padres alimentar educar y dar seguridad a sus hijos, así como los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres. (...)”

Es de destacar la atención que pone al concepto “paternidad responsable” y si bien todavía no reconoce expresamente el derecho a decidir, tal como lo hizo posteriormente la Constitución vigente, tal situación surge del hecho de que a la fecha de entrada en vigencia de este texto constitucional todavía no existían el consenso ni los instrumentos internacionales reseñados previamente. Precisamente, la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer fue aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas a fines del año 1979, es decir, después de aprobación del texto constitucional, y entró en vigencia en el ordenamiento jurídico peruano recién en el año 1982.

Más adelante, con la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1993, nuestro ordenamiento constitucional se adecúa a la vanguardia en materia de derechos reproductivos y, a diferencia de la anterior constitución, prescribe en su artículo 6º lo siguiente:

“La política nacional de población tiene como objetivo difundir y promover la paternidad y maternidad responsables. Reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir. En tal sentido, el Estado asegura los programas de educación y la información adecuados y el acceso a los medios, que no afecten la vida o la salud.

Es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. Los hijos tienen el deber de respetar y asistir a sus padres...”

Ciertamente, la disposición constitucional no hace mayor referencia a la forma y condiciones de ese derecho a *decidir*, empero, con la mención previa

de los términos *maternidad y paternidad responsables*, queda claro que la **decisión libre y responsable**, tantas veces expresado en los textos internacionales, es el sentido buscado por el constituyente.

Rubio Correa, al comentar lo señalado en esta norma constitucional, señala que el primer mandato de este artículo está referida a la existencia de una política nacional de población que consistiría en lo siguiente:

- Difundir y promover la paternidad y maternidad responsables.
- Reconocer el derecho de las familias y de las personas a decidir sobre la procreación.
- Encargar al Estado la educación e información adecuados y la provisión de medios de regulación de nacimientos que no afecten la vida o la salud.

En estos tres puntos están sintetizados los componentes del concepto paternidad y maternidad responsables que son los siguientes:

- El primero está referido a la determinación del número de hijos a tener y de la oportunidad de procrearlos.
- El segundo indesligable del primero es el de hacerse responsables de su crianza y cuidado hasta alcanzar su plena capacidad. Como es obvio ambos elementos se influyen entre sí en la medida que el número de hijos tendrá que ver con la posibilidad de criarlos y cuidarlos y a la inversa la crianza también influirá en la determinación del número de hijos.¹⁵⁷

A lo señalado, el citado autor agrega que los dos primeros aspectos del contenido constitucional respecto de este punto tienen que ver con la paternidad y maternidad responsables. En esto lo más importante es que la decisión es y debe ser de las personas y las familias y no debe ser de terceros.

¹⁵⁷ RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo II. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Primera Edición. Lima, marzo 1999, p. 58.

Por ello lo que se encarga al Estado es el difundir el conocimiento y facilitar los medios de regulación de nacimientos que no afecten la vida o la salud no corresponde a los funcionarios públicos ni ética ni jurídicamente intervenir en la decisión de cuántos hijos tener y en qué oportunidades procrearlos.¹⁵⁸

- **Nivel legal.**

La ratificación y entrada en vigencia de la Convención CEDAW tuvo una enorme influencia para que en el año 1985 el Estado Peruano expidiera su primera norma que regula la política de población, gracias a las acciones de investigación promovidas principalmente por el entonces activo Consejo de Población.

El **Decreto Legislativo N° 346**, denominado **Ley de Política Nacional de Población**, es el primer dispositivo normativo con rango de ley que tiene por objeto planificar y ejecutar las acciones del Estado relativas al volumen, estructura, dinámica y distribución de la población en el territorio nacional, en concordancia con los Tratados Internacionales ratificados por el Perú, a la Constitución Política de la República y a las disposiciones de esta Ley.

Es necesario resaltar la importancia que esta norma tuvo en el tratamiento de la figura de la reproducción en el ordenamiento jurídico peruano, dado que incluso antes de que se realizaran las Conferencias y Planes de Población de Beijing y El Cairo, el Estado Peruano ya tenía un régimen legal bastante similar al que aquellas propugnarían años más tarde. Del mismo modo, representa al fin la primera manifestación en forma de ley que demuestra el interés por el tema de la reproducción humana, reconociéndose éste fenómeno como una política de Estado, coadyuvando así la labor que hasta ese momento había sido impulsada esencialmente por asociaciones o instituciones particulares.

¹⁵⁸ *Ídem*, p. 59.

Si bien la mayoría de sus disposiciones están enfocadas al tratamiento político de la población, también contiene normas relativas a la libertad y salud reproductiva, de conformidad con las normas internacionales precitadas.

Las primeras disposiciones normativas que merecen ser resaltadas son los artículos IV y V de su título Preliminar, los cuales señalan que:

Artículo IV.- La Política Nacional de Población garantiza los derechos de la persona humana:

1. A la vida. El concebido es sujeto de derecho desde la concepción.

2. A formar su familia y al respeto de su intimidad.

3. A la libre determinación del número de sus hijos.

4. A la salud integral y al libre desenvolvimiento de su personalidad.

(...)

Artículo V.- El Estado ampara prioritariamente:

1. A la madre, al niño, al adolescente y al anciano;

2. Al matrimonio y a la familia; y

3. A la paternidad responsable.”

Lo señalado en los artículos IV y V del Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población representan el establecimiento de un régimen de protección legal del ejercicio libre de la procreación, materializado en la elección personal y autónoma de la cantidad de hijos que se quiere tener, en concordancia con la libre determinación de su personalidad. Al mismo tiempo, se dispone que el Estado debe garantizar el derecho a formar una familia y su intimidad, así como brindar un servicio de salud integral, obviamente, para alcanzar los fines que el sujeto disponga respecto a su reproducción. Se acoge entonces la idea de salud y libertad reproductiva explicada

anteriormente, ya que el campo de acción de la protección de la reproducción gira en torno al amparo de los aspectos objeto y subjetivo de las personas y parejas al momento de procrear.

Por otra parte, la mención en el artículo V, sobre el amparo a la Paternidad Responsable concuerda con lo establecido en el artículo 6° de la Constitución Política de 1979 (todavía vigente en ese entonces), mandato cuyos alcances son aclarados en los artículos 1°, inciso dos, 2° y 3° de la Ley, donde se señala:

Artículo 1°. - *La presente Ley tiene los siguientes objetivos:*

“(...)

2. Promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos proporcionando para ello los servicios educativos y de salud, para contribuir a la estabilidad y solidaridad familiar y mejorar la calidad de vida. (...) (Énfasis agregado).

Artículo 2°. - *El Estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad, promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal. Ejecuta para ese efecto acciones que faciliten a las parejas la toma de conciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, sobre el trato igualitario de ambos sexos como garantía de una mayor armonía y estabilidad en el desarrollo de la pareja, para fomentar los lazos de solidaridad entre todos los miembros de la familia.*

Artículo 3°. - *El Estado garantiza el ejercicio de la paternidad responsable, entendiendo por ésta el derecho básico de la pareja a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, y el deber que tienen los padres a educarlos y a atender adecuadamente las necesidades esenciales de los mismos.*”

Podemos observar que esta redacción incluye la cláusula de obligación parental, que se asemeja bastante al Plan y la Plataforma de Acción de El Cairo y Beijing, que vendrían a aprobarse todavía diez años más tarde, aunque cabe recordar que estos textos son afines al del Plan de Acción de la Población Mundial (*World Population Plan of Action*), adoptado en la Conferencia Mundial sobre Población celebrado en Bucarest, Rumania, indicaba en el inciso f) de sus Principios, que *“Todas las parejas e individuos tiene el derecho básico de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos y tener la información, educación y los medios para hacerlo; la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de este derecho toma en cuenta las necesidades de hijos vivos y futuros y su responsabilidad hacia la comunidad.”*

Ahora bien, de una lectura integral de la norma podemos advertir que la misma pone énfasis en dos aspectos esenciales:

- El Estado debe garantizar una correcta salud y educación reproductiva para sus habitantes.
- Los individuos deciden libre y responsablemente respecto a su reproducción.

En cuanto a la protección de la aludida **decisión libre** queda bastante claro que la norma tiene una noción amplia de este concepto. En primer lugar, el título preliminar de la ley hacía mención a que debe respetarse la intimidad personal y familiar y que las personas tenían total autonomía materializado en la elección de la cantidad de hijos que se quiere tener, en concordancia con la libre determinación de su personalidad. Al mismo tiempo, se reconoce que el Estado debe garantizar el derecho a formar una familia y su intimidad, así como brindar un servicio de salud integral, obviamente, para alcanzar los fines que el sujeto disponga respecto a su reproducción.

Respecto al concepto **decisión responsable**, la norma establece una serie de obligaciones para el Estado orientadas al fomento de la paternidad responsable, comprendiendo actividades esencialmente educativas y de salud. Esto es visible en el texto del inciso 2) del artículo 1° de la Ley, que señala que su objetivo es:

“(…)2. Promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos proporcionando para ello los servicios educativos y de salud, para contribuir a la estabilidad y solidaridad familiar y mejorar la calidad de vida.”

Se puede concluir entonces que, conforme a la Política Nacional de Población, el rol del Estado Peruano para garantizar la libertad reproductiva de las personas, es decir, el ejercicio de una decisión libre y responsable de la reproducción, comprende:

- La exclusión de cualquier tipo de intervención en la toma de decisiones de las personas o las parejas, respecto a la determinación del número de hijos y el espaciamiento entre estos; y,
- La promoción de la paternidad responsable a partir de programas de educación y salud que proporcionen información especializada y los servicios que permitan a las parejas y a las personas ejecutar tal decisión.¹⁵⁹

Algo que es importante recordar es que si bien el Decreto Legislativo N° 346 – Ley de la Política Nacional de Población, es un dispositivo que data del año 1985, siendo incluso anterior a la actual Constitución, su contenido es concordante con las disposiciones de esta última. Asimismo, ha sido objeto de periódicas actualizaciones mediante Planes Nacionales de Población que

¹⁵⁹ DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS DE DESARROLLO SOCIAL, DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SOCIAL. “Población y Desarrollo. Compendio de Normas”. 2da Ed. MIMDES. Lima, 2007, p. 19.

buscan adaptar la norma a las características y tendencias demográficas actuales. Así, el último Plan Nacional de Población fue el aprobado en el año 2010 mediante Decreto Supremo N° 005-2010-MIMDES, que tuvo una vigencia desde el año 2010 hasta el 2014, no habiéndose expedido desde ese entonces otra norma que se encuentre vigente a la fecha de hoy.

1.3. La libertad reproductiva en la jurisprudencia peruana.

Son pocas las veces en las que los tribunales peruanos han resuelto alguna controversia relacionada con la libertad de procrear. Ciertamente, el tema no ostenta un lugar privilegiado de la discusión judicial cotidiana, pero, al menos ha merecido algún tipo de atención cuando el gobierno ha emitido algunas normas o ha pretendido actuar en áreas relacionadas a la planificación familiar.

En ese sentido, a continuación, revisaremos los pocos pronunciamientos emitidos por el único organismo jurisdiccional que se ha manifestado al respecto como es el Tribunal Constitucional. Esto permitirá enriquecer lo señalado en las normas y encontrar puntos de reflexión no mencionados expresamente por aquellas.

Si bien la primera norma que trataba el tema de la libertad reproductiva en el Perú –el Decreto Legislativo N° 346- data del año mil novecientos ochenta y cinco (1985), no será hasta diez años más tarde cuando el Tribunal Constitucional resuelva por primera vez un caso relacionado con ella.

Nos referimos a la sentencia recaída en el Expediente N° 14–96–TC–Lima¹⁶⁰ sobre demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra la Ley N° 26530 que modificó precisamente el texto de la Ley de la Política Peruana de Población. El caso tiene sus orígenes en la aprobación de la Ley N° 26530, promulgada el nueve de setiembre de mil novecientos noventa y cinco y

¹⁶⁰ Ver texto completo de la sentencia en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1997/00014-1996-AI.pdf> (Consultado 28/11/2016).

publicada en el Diario Oficial el día diez de setiembre del mismo año, por la cual se dispuso en su artículo único modificar la Ley de Política Nacional de Población anteriormente citada en los términos siguientes:

“Artículo VI. - La Política Nacional de Población excluye el aborto como método de Planificación Familiar. En todo caso, la adopción de los métodos se basa en el libre ejercicio de la voluntad personal, sin que medien estímulos o recompensas materiales”.

Lo que dicha modificación involucraba era la inclusión de la esterilización como un método de planificación familiar, el cual, en el texto original de la norma de población, se encontraba expresamente prohibido juntamente con la práctica del aborto. De esa manera, solamente quedaba prohibido este último.

Los demandantes (treinta congresistas de la República) fundamentaron su acción de inconstitucionalidad sosteniendo que con la medida (permisión de la esterilización) se estaban vulnerando derechos fundamentales del hombre consagrados en la Constitución como artículo 2º, inciso 1) referido a la integridad física por cuanto se trataría de una intervención quirúrgica que elimina una función primordial del ser humano que es la de procrear y provoca incapacidad fisiológica permanente y, en muchos casos, irreversible, lo que no concordaría con la naturaleza temporal de los métodos anticonceptivos; asimismo, vulneraría la libertad individual en cuanto al poder de decisión de que está dotado el ser humano, en cuya virtud puede determinar la planificación de la familia y no tener hijos durante un tiempo, pero puede también optar, en algún otro momento de su decurso existencial, procrearlos.

Si bien el Tribunal Constitucional resolvió el caso declarando improcedente la demanda bajo un criterio un poco confuso (al afirmar que la misma pretendería la derogación por inconstitucional de *“un dispositivo legal que, en último y análisis, no existe”* ya que ésta no legalizaba expresamente la

esterilización ni la incluía como método de planificación familiar), vale la pena revisar y entender el análisis que sobre el fondo del asunto realizó la magistrada Delia Revoredo en su voto singular, donde manifestó lo siguiente:

“VOTO SINGULAR DE LA MAGISTRADA DELIA REVOREDO DE MUR

CONSIDERANDO:

(...) Que en el caso de la norma impugnada, la intención del legislador aparece clara: suprimir la prohibición de la esterilización como método de planificación familiar; es decir, permitirla, para evitar que vengan al mundo niños sin oportunidades básicas de sobrevivir, de crecer y desarrollarse con la dignidad inherente a todo ser humano; y en protección a las familias pobres y a la excesiva población peruana frente a los pocos recursos disponibles para atenderla; Que si bien la Ley de Política Nacional de Población en sus Artículos IV, inciso 2) y 2 del Título I de la misma, indica que la "planificación" familiar consiste en la libre determinación del número de hijos y el espaciamiento de los nacimientos, resulta obvio que esta planificación también incluye la posibilidad de optar por no tener ningún hijo o por no tener más hijos que los que ya tienen, y que no se refiere, únicamente, al caso de tener varios hijos espaciados debidamente como opinan mis colegas. La primera decisión que plantea la planificación familiar es procrear o no procrear; y luego la de seguir teniendo o dejar de tener más hijos. No podemos negar que también "planifica", la pareja que decide que le basta con 8 hijos y que no desea uno más. Dentro de esta óptica, la esterilización es un método de planificación familiar, por el cual se viabiliza la opción de impedir la procreación de hijos. En síntesis, opino, que la ley impugnada, al suprimir la prohibición de la ley anterior respecto a la esterilización, incluye a la esterilización quirúrgica entre los métodos de planificación familiar autorizados.

Que, en vista de la interpretación precedente, debe analizarse si la ley impugnada contraría o no la Constitución; Que es deber del Estado proteger a la familia y crear el ambiente necesario para su cabal desarrollo y para el desarrollo de la sociedad, en todos sus niveles socioeconómicos; Es una

realidad innegable que en vastas zonas de nuestro país, existen numerosas familias que viven en condiciones de extrema pobreza: las necesidades de los hijos exceden en mucho la capacidad económica de los progenitores, lo que no sólo incide en carencia de alimentos, vivienda, educación y desarrollo personal de la prole, derechos consagrados en nuestra Constitución, sino en el deterioro de valores éticos y en comportamientos antisociales que influyen negativamente en toda la sociedad peruana; Que, desde esta perspectiva, resulta difícil al Estado procurar a cada uno de los individuos adultos que conforman esa población indigente métodos anticonceptivos suficientes - distintos a la esterilización- para prevenir en todos los casos, embarazos no deseados; que aun cuando el Estado pudiera facilitar a cada persona el acceso oportuno, gratuito y permanente a otros métodos anticonceptivos, el bajo nivel de educación que tienen grandes sectores de la población peruana no garantizaría un control efectivo -aun querido por ellos- de los embarazos; Que, en respeto al libre ejercicio de la voluntad personal y sin que medien estímulos o recompensas materiales, tal como lo condiciona la norma impugnada y, principalmente, por los fundamentos del sacerdote jesuita Juan Julio Wicht, que aparecen en su ponencia "Aspectos Éticos de la Esterilización en el Perú Actual" del 23 de mayo de 1988, que obra a fojas 42 a 55 de estos autos, y en especial por los argumentos referidos a la persona individual, a la mujer peruana, a las familias y a la sociedad de nuestro país, vertidos a fojas 49 a 53, y en defensa de la paternidad responsable, con el propósito de lograr un Perú más justo y humano, mi voto es por declarar infundada la demanda." (Subrayado nuestro)

Lo que se desprende del análisis de la aludida opinión nos permite identificar ciertos aspectos importantes en cuanto al régimen de la libertad reproductiva en el Perú:

- En primer lugar, la magistrada reconoce la evidente relación existente entre la libertad reproductiva y el valor más importante de la sociedad como es la familia, manifestaciones que se encuentran vinculadas estrechamente, en la medida que a través del ejercicio de la

reproducción será posible la generación de la descendencia y el perfeccionamiento de los lazos paternales.

- Se reconoce la condición en que viven muchos niños y familias en las zonas más alejadas del país, situación que persiste a lo largo de los años y que se ha convertido en una forma de símbolo del atraso socioeconómico que no ha sido capaz de superar el Estado.
- En mérito a ese contexto de vulnerabilidad, se considera que la utilización de métodos de planificación familiar como la esterilización constituyen una forma de superar ese círculo vicioso de pobreza que, en gran medida, se encuentra ligado a una irresponsable forma de ejercer la reproducción.
- Se resalta la utilidad de este método por cuanto al tratarse el grupo antes citado de personas que difícilmente cumplirán otras formas de planificación familiar de manera regular, es más conveniente la utilización de métodos eficaces que impidan nuevos embarazos en perjuicios de los padres y del propio menor que nacerá.
- La libertad reproductiva, dentro de la interpretación antes citada, involucraría también la denominada faz negativa de este derecho, que implica la decisión de no tener hijos o de no tener uno más aparte de los que ya se tiene.

Por nuestra parte, como ya lo fuimos señalando anteriormente, consideramos que la libertad reproductiva implica ante todo una decisión, la misma que parte de un conjunto de supuestos en los cuales, obviamente, se encuentra la de tener y también la de no tener hijos, y no como muchos consideran (como los jueces del Tribunal Constitucional que resolvieron la demanda en mayoría) que solamente representa el espaciamiento y el momento de tenerlos. En ese sentido, la facultad de la persona de decidir puede ser alcanzado por el medio que le parezca más conveniente, incluida

la esterilización, cuando haya descartado por completo ejercer su reproducción (debido a motivos, deseos e intereses puramente personales). Siendo ello así, en la norma en cuestión apreciamos que lo que se dispone no es la imposición obligatoria e indiscriminada del procedimiento de esterilización a quienes el Estado unilateralmente considere aplicar, sino, la apertura y puesta a disposición del público de una técnica o método adicional de planificación familiar a las ya existentes, respecto de la cual la persona también es libre de decidir.

Ciertamente, el empleo de técnicas quirúrgicas invasivas como la esterilización, que implican una reducción o eliminación permanente de una función física como es la reproducción, puede ser considerado excesivo, especialmente si se tiene en cuenta que existen otros medios que también pueden alcanzar el objetivo de anticoncepción a largo plazo y que sí son reversibles como el dispositivo intrauterino y otros similares, sin embargo, ello no implica necesariamente rechazar la esterilización. Por el contrario, la norma vigente señala que este método se realizará en base a la decisión libre y voluntaria de la persona, circunstancia que deriva, como señala Hurtado Pozo, del ejercicio responsable de su derecho a la libertad de procrear, por cuanto, esa decisión y consentimiento:

“... está condicionado por su capacidad personal a darlo, al hecho que esté debidamente informada de la naturaleza y de los alcances de la intervención a la que será sometida y a la ausencia de toda presión externa” (...) “De esta manera, ella valora su conducta como relevante para su proyecto de vida libremente elegido y no causa prejuicios serios a los intereses de terceros. Desde esta perspectiva, la Ley N° 26530, modificadora del art. IV del Decreto Legislativo N° 346, que excluye sólo el aborto, y no la esterilización voluntaria, del Programa Nacional de

Planificación familiar, no viola los derechos fundamentales de la persona y, por tanto, no es contraria a la Constitución.”¹⁶¹

Se concluye entonces de la interpretación efectuada por la magistrada del Tribunal Constitucional que, en el Perú, el ejercicio de la libertad reproductiva no solamente toma en consideración la posibilidad de tener hijos y de decidir cuántos y cada cuanto tiempo tenerlos; además de ello, resulta aplicable la posibilidad de optar por no tener ningún hijo, o ya no seguir teniéndolos, decisión personal para la cual la esterilización es un medio perfectamente razonable, siempre y cuando provenga de la voluntad misma de la persona o la pareja. Esta es la materialización del aspecto negativo de la libertad reproductiva a la que se hacía mención anteriormente.

Otra decisión jurisprudencial del Tribunal Constitucional peruano en la que se ha tratado el tema de la libertad reproductiva es la sentencia recaída en el Expediente N° 7435-2006-AC/TC¹⁶² sobre proceso de cumplimiento, formulado por la ciudadana Susana Chávez Alvarado y otros contra el Ministerio de Salud, a efectos de que se dé cumplimiento a lo dispuesto en las Resoluciones Ministeriales N° 465-99-SA/DM y 399-2001-SA/DM y se garantice la provisión e información sobre el Anticonceptivo Oral de Emergencia (AOE) en todos los establecimientos de salud a su cargo. Para tal efecto, argumentaron que, en virtud de la primera resolución, el Ministerio de Salud aprobó las normas de planificación familiar, teniendo como objetivo el de *“Contribuir a poner a disposición de mujeres y hombres del Perú la más amplia información y servicios de calidad para que puedan alcanzar sus ideales reproductivos”*; y que, mediante la segunda, en cambio, se ampliaron las normas de planificación familiar incorporándose el AOE como uno de los

¹⁶¹ HURTADO POZO, José. “Comentarios a la Ley 26530: Bien jurídico, integridad corporal, esterilización y Constitución.” En Anuario de Derecho Penal, 1995. Disponible en: https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1995_08.pdf (Consultado 29/11/2016).

¹⁶² Véase texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html> (Consultado 29/11/2016).

métodos anticonceptivos. Sin embargo, ninguno de los servicios del Ministerio de Salud informaba o proveía dicho AOE, con lo cual se configuraría un incumplimiento que interfiere en el goce de varios derechos reconocidos en la Constitución, en los tratados de derechos humanos y en la ley.

Éste sería el antecedente del sonado caso de los anticonceptivos orales de emergencia que años más tarde este mismo Tribunal se encargaría de revisar y que veremos más adelante. En esta ocasión, el Pleno del Tribunal Constitucional por votación unánime, sin entrar a analizar minuciosamente el trasfondo jurídico de los derechos reproductivos presuntamente vulnerados, amparó la demanda y obligó a dicho sector del Estado a colocar la información sobre el AOE al alcance de los ciudadanos al igual que la información relativa a otros métodos anticonceptivos, así como poner permanentemente a disposición de las ciudadanas y ciudadanos los insumos del AOE de manera gratuita, al igual que otros métodos anticonceptivos.

Sin perjuicio de lo dicho, será en el fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez en el que se tratará el tema objeto de investigación, donde se expresó:

“(...) Considero que el derecho a la autodeterminación reproductiva es un derecho implícito contenido en el más genérico derecho al libre desarrollo de la personalidad. Este derecho consiste en la autonomía para decidir en los asuntos que sólo le atañen a la persona. Pero también puede afirmarse que el derecho a la autodeterminación reproductiva se desprende del reconocimiento de la dignidad de la persona humana y del derecho general de libertad que le es inherente. Dignidad y libertad concretizadas a partir de la necesidad de poder optar libremente y sin ninguna interferencia en el acto de trascender a través de las generaciones. Libertad para poder decidir como ser racional, con responsabilidad, sobre: 1) el momento adecuado u

oportuno de la reproducción; 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y, 3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.

En consecuencia, toda mujer tiene derecho a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo. Así lo tiene establecido la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer en su artículo 16.º: “Todas las personas tienen derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos y el intervalo entre los nacimientos (...)”. Este es un asunto que principalmente le compete a ella y constituye el núcleo duro de su autonomía personal; es la manifestación excelsa de su dignidad humana y de su potencialidad para ser madre. De ahí que, como principio y como derecho fundamental, el libre desarrollo de la personalidad, y, particularmente, el derecho a la autodeterminación reproductiva es un límite a la actuación del Estado que conlleva la interdicción de cualquier política normativa destinada a impedir la decisión sobre el momento de ser madre.”¹⁶³ (Subrayado agregado)

Queda bastante claro que para el Tribunal Constitucional la libertad reproductiva o “autodeterminación reproductiva” guarda una íntima relación con el derecho al libre desarrollo de la personalidad que tratábamos en las líneas precedentes, pero lo que es necesario resaltar es de qué manera se debe ejercer tal libertad. Es así que señala que ésta es la **libertad para poder decidir como un ser racional, con responsabilidad**, sobre:

- 1) el momento adecuado u oportuno de la reproducción;
- 2) la persona con quien procrear y reproducirse; y,

¹⁶³ STC 7435-2006-PC/TC, fundamento de voto del Magistrado Mesía Ramírez.

3) la forma o método para lograrlo o para impedirlo.

En efecto, aun cuando el Estado reconozca y ampare un ejercicio libre de injerencias o intromisiones al momento de tomar la decisión de procrear, se reconoce también la necesidad de que ésta prerrogativa tenga una dosis de **responsabilidad**, concepto que surge del mismo hecho de que el ser humano es un ser racional, que dirige sus designios sobre la base de la razón, obligándolo a ver y ejercer el acto reproductivo no sólo como un mero episodio carnal y de multiplicación, sino como un acontecimiento trascendental para él, la sociedad y el niño que va a nacer. Este tema en particular se analizará con mayor detalle en el capítulo siguiente y es uno de los pilares sobre los que se erige esta investigación, pero es menester tenerlo en consideración desde ahora, dada la importancia que le es atribuida tanto por los textos legales antes citados, como por la sentencia constitucional antes citada.

La definición citada del concepto “autodeterminación reproductiva” también fue empleada posteriormente por el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 2005-2009-AA/TC¹⁶⁴ sobre demanda de amparo promovida contra el Ministerio de Salud para prohibir la distribución de anticonceptivos orales de emergencia (AOE). En esta ocasión se puso énfasis en que la libertad reproductiva involucraba el derecho de toda mujer a elegir libremente el método anticonceptivo de su preferencia, lo que está directamente relacionado con su decisión acerca de cuántos hijos quiere tener, con quién y cuándo.

Más recientemente, la nueva conformación del Tribunal Constitucional volvió a referirse someramente al tema de la libertad reproductiva en la sentencia del Expediente N° 03861-2013-AA/TC cuando, al resolver sobre los derechos de la mujer al goce de licencia por maternidad, señaló que: *“Efectivamente, nuestra Constitución reconoce el derecho a la salud, que*

¹⁶⁴ Véase texto completo en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html> (Consultado 30/11/2016).

comprende la dimensión reproductiva, así como la «salud (...) del medio familiar» (artículo 7); asimismo, el Tribunal ha precisado que la decisión de ser madre, junto con otras manifestaciones vinculadas a la libertad o autodeterminación reproductiva, está protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, reconocido en el artículo 2, inciso 1, de la Constitución».¹⁶⁵ (Subrayado nuestro).

Para concluir este apartado podemos señalar que el Estado peruano a través de sus decisiones jurisprudenciales, especialmente de su principal órgano interpretador, el Tribunal Constitucional, ha reconocido en la práctica y no sólo en la teoría, la relevancia que posee el concepto de libertad reproductiva.

Otro aspecto importante que nos queda de este breve análisis jurisprudencial es que los conceptos y nociones manejados son similares a los que se establecieron en las Conferencias y Convenciones internacionales, así como en la Ley de Política Nacional de Población, destacando esencialmente el empleo de los términos **libertad** y **responsabilidad**, como elementos sustanciadores de esta conducta humana.

2. EL PRINCIPIO DE LIBERTAD PERSONAL Y LA PROMOCIÓN DE LA PATERNIDAD RESPONSABLE EN EL PERÚ

2.1. El principio de libertad personal y la libertad de procrear

Como se mencionó en las líneas que preceden, nuestro país posee un marco jurídico bastante avanzado en materia de derechos reproductivos, a la par con las normas internacionales que tantas veces se han citado. En esa misma línea, a continuación, veremos la forma en que se materializan tales normas legales en la práctica cotidiana, teniendo en consideración las

¹⁶⁵ Fundamento 16. Texto completo en <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03861-2013-AA.html> Consultado 30/11/2016).

políticas y procedimientos estatales establecidos para tal efecto, en concordancia con los principios generales que orientan nuestra normatividad constitucional y legal.

Cuando revisamos el Decreto Legislativo N° 346 y sus disposiciones relevantes vimos que el rol del Estado en materia de libertad reproductiva se concretaba en dos acciones principales:

- Evitar cualquier tipo de intromisión en la toma de decisiones de las personas o las parejas, respecto a la determinación del número de hijos y el espaciamiento entre estos; y,
- Promover la paternidad responsable a partir de programas de educación y salud que proporcionen información especializada y los servicios que permitan a las parejas y a las personas ejecutar tal decisión.

Estos dos puntos son los que integran el contenido de la política peruana de protección de la reproducción humana y los que ponen de manifiesto las dos principales líneas de acción estatal en la tutela de la libertad reproductiva.

Partiendo de esta premisa, el desarrollo de los temas que vienen a continuación tomará como punto de partida: 1) la defensa del concepto libertad o autonomía reproductiva; y 2) la promoción de la paternidad y maternidad responsables.

En primer lugar, respecto a la protección de la aludida **decisión libre**, el ordenamiento jurídico peruano acoge una noción extensa de este concepto, lo cual se condice con el mandato establecido en el artículo 5° de la Constitución Política de 1993, que señala que el Estado, a través de su política nacional de población, reconoce el derecho de las familias y de las personas a decidir.

Ya hemos explicado las implicancias que tiene esta disposición constitucional como base fundamental de la política de población, la misma

que ha quedado explicitada en el texto del Decreto Legislativo N° 346, norma cuyo título preliminar garantizaba el respecto a la intimidad personal y familiar, en concordancia con la libre determinación de su personalidad, reconociendo, al mismo tiempo, que el Estado debe proteger el derecho a formar una familia, así como brindar un servicio de salud integral para alcanzar los fines que el sujeto disponga respecto a su reproducción.

La redacción de dichos artículos deja entrever la evidente preferencia del legislador peruano, en concordancia con lo que las normas internacionales disponen, por un régimen legal de la reproducción humana manifestado en un amplio campo de independencia y autonomía de los ciudadanos para el ejercicio de su reproducción.

Esta afirmación se corrobora no solamente con lo señalado textualmente en el Decreto Legislativo N° 346, sino también con los criterios jurisprudenciales expuestos antes, donde se concluyó que la interpretación del concepto procreación llevaba intrínsecamente la idea de autonomía o autodeterminación, lo que significa la obligatoriedad de respetar las decisiones personales o de pareja y de no imponerles otro tipo de determinaciones distintas a las que surjan de la propia soberanía de su voluntad.

Las formas en que se manifiesta este régimen de protección abarcan la posibilidad de que los individuos y parejas determinen libremente el número hijos que deseen tener y, al mismo tiempo, el espaciamiento entre el nacimiento de éstos. A ello también se agrega el derecho a decidir libre e informadamente respecto de no tener hijos, tal como lo mencionaba la magistrada Delia Revoredo en la sentencia del Tribunal Constitucional del año 1996, con lo que quedaba vigente la posibilidad de negar la procreación como una forma legítima de manifestación de la intimidad y la libertad personal.

De esta manera, nadie puede sufrir injerencias de terceros al momento de decidir si tener o no tener hijos, así como la forma en que se traigan a éstos al mundo. Aunque no se diga expresamente, se entiende que estas intervenciones pueden provenir del Estado e, incluso, por parte de otros ciudadanos. Alkorta Idiákez mencionaba anteriormente que esto representa una eficacia vertical como horizontal de la protección de la libertad de procrear. Verticalmente, porque se prohíbe al Estado ejercer cualquier tipo de presiones o coerciones que tengan por objeto influir en las decisiones que tengan que ver con la reproducción. En ese sentido, no se pueden imponer determinadas restricciones a la facultad de procrear de determinados sectores o clases sociales, bajo la influencia de ideologías demográficas o sociales, ni tampoco en aras de proteger un supuesto interés de la mayoría de la población.

Por otro lado, se protege horizontalmente la posibilidad de injerencias externas por parte de particulares. Aunque este supuesto es sumamente problemático debido a que no es posible determinar específicamente cuándo alguien está tratando de influir en las decisiones íntimas de otra, la idea central de esto sería un rechazo a los casos de violencia y coacción por parte de personas pertenecientes al entorno de la persona o la pareja, que los obliguen a tener o no tener hijos.

Lo dicho queda evidenciado en el texto del artículo 28° de la Ley de Política Peruana de Población, que establece expresamente:

“Queda excluido todo intento de coacción y manipulación de las personas respecto a la planificación familiar. Asimismo, se rechaza cualquier condicionamiento de los programas de planificación familiar por instituciones públicas o privadas.”

Es menester señalar que en ninguna parte del texto de la norma bajo estudio se advierte la existencia de supuestos en los cuales esta libertad

pueda ser reducida o delimitada. Como ya estudiamos previamente, el ejercicio de algunas libertades posee un margen de acción limitado, en concordancia con el respeto que merecen los derechos de los demás, sin embargo, en este caso ni la norma constitucional ni la ley señalan algo al respecto. Tampoco lo hace la jurisprudencia citada, aun cuando en algún momento se aludió a la idea de responsabilidad como signo inherente a esta facultad.

Desde nuestra opinión, consideramos que una discrecionalidad de esta naturaleza sin límites expresos a su cumplimiento se fundamentaría en el reconocimiento, por el legislador peruano, de que el ejercicio de esta libertad es fundamental para el desarrollo de la personalidad de las personas y la defensa de la autonomía de su voluntad. Además, podría significaría tácitamente la suposición de que el ejercicio irrestricto de esta actividad se encontraría exenta de riesgos o abusos.

Sin perjuicio de ello, resulta interesante lo indicado en el artículo 3° de la aludida Ley, cuando atribuye a la libertad de procrear, es decir, al derecho de decidir libremente el número y espaciamiento de los hijos, el consecuente deber de los padres de educarlos y a atender las necesidades esenciales de los mismos. A primera vista, pareciera que existe una ligera orientación de la norma a interpretar esta prerrogativa desde una perspectiva de responsabilidad, ligada al cumplimiento de las obligaciones derivadas de este acto, especialmente con el niño que va a nacer. No obstante, aun así, esta obligación no se condice necesariamente con las demás disposiciones de la ley, en las cuales sostiene que absolutamente nadie tiene potestad para intervenir en las decisiones reproductivas de los demás. Al contrario, pese al deber que se contrapone a la libertad de procrear, al final, la posibilidad de elección sin ningún tipo de injerencias sigue siendo el postulado principal de la norma constitucional y legal, quedando en última instancia la decisión a tomarse en manos del que ejerce este derecho.

Se entiende entonces que el concepto de responsabilidad es equiparado solamente al de información, dado que cuando la norma establece una serie de obligaciones para el Estado orientadas a la protección de la libertad reproductiva, se comprende actividades esencialmente educativas y sanitarias. Esto es visible en el texto del inciso 2) del artículo 1° de la Ley de Población, que señala que su objetivo es:

“(...)2. Promover y asegurar la decisión libre, informada y responsable de las personas y las parejas sobre el número y espaciamiento de los nacimientos proporcionando para ello los servicios educativos y de salud, para contribuir a la estabilidad y solidaridad familiar y mejorar la calidad de vida.”

Esto es importante y merece ser resaltado, dado que el ordenamiento jurídico peruano es un garante del ejercicio de las libertades de los ciudadanos. Para nuestra Constitución Política vigente, la libertad es la regla general para el ejercicio de cualquier tipo de actividad, y la restricción de aquélla, la excepción. Esta idea es sustentada por el denominado principio de libertad personal, reconocido en el artículo 2°, inciso 24, numeral a) de la Constitución Política de 1993, que señala:

“Artículo 2°. - Toda persona tiene derecho:

(...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

Es en mérito a la aplicación de este principio que las personas tienen total libertad de actuar y ejercer sus derechos de manera extensa y potestativa, siempre y cuando no exista una norma que le imponga restricciones claras y objetivas a su actuación. Por tanto, sólo cuando exista una prohibición expresa, podrá entenderse que la libertad de las personas posee

restricciones. Caso contrario, el ser humano posee una total independencia y autonomía para desempeñar las actividades y comportamientos que desee, en la forma que más le convenga.

Varsi Rospigliosi, comentando este principio en el ámbito del Derecho peruano señala que la legalidad y la equidad son los parámetros constitucionales a la libertad:

- a) Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda,
- b) Nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe y (sobre todo),
- c) No se ampara el abuso del derecho.

Desde esa perspectiva, uno puede hacer todo aquello que la ley no le impida, teniendo en cuenta el respeto de los derechos de las demás personas.¹⁶⁶

En los términos expuestos las características del ejercicio de esta libertad son tres: “a) La declaración de libertad lleva consigo la posibilidad de hacer todo lo que no dañe a otra persona, b) el límite del ejercicio de la libertad en no impedir ese mismo derecho de ejercicio a otros miembros de la sociedad, c) la ley es el instrumento de que se vale el estado para señalar los límites de acción”¹⁶⁷. En ese sentido, la libertad discurre entre lo que la ley manda -y por lo tanto, obliga a hacer- y lo que prohíbe -y por lo tanto, obliga a no hacer-¹⁶⁸.

Rubio Correa, relaciona este artículo de la Constitución con la Declaración francesa de 1789, cuando en su artículo 5° establecía que: *“La ley tiene derecho de prohibir las acciones nocivas a la sociedad. Todo lo que no está vedado por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser constreñido a ejecutar lo que ella no ordena”*. Del análisis de dicha norma, refiere que la

¹⁶⁶ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”. Suplemento de La Ley, Actualidad, Vol. Año LXIX, No.125, Buenos Aires, 2005, p. 3. Disponible en: https://works.bepress.com/enrique_varsi/2/0/download/ (Consultado 12/01/2017).

¹⁶⁷ GARCÍA TOMA, Víctor. “Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993”. Universidad de Lima, Lima, 1998, p. 116

¹⁶⁸ CHIRINOS SOTO, Enrique. “La Constitución Comentada”. Editorial Rodhas, Lima, 2008, p. 38.

segunda parte del texto francés ha sido prácticamente traducida al literal a) que ahora comentamos, pero se ha borrado la primera parte tanto de él como de todos los antecedentes y es una transformación que para nosotros resulta esencial sobre todo si estamos hablando del plano constitucional.¹⁶⁹

En efecto, según la Declaración francesa, la libertad consiste en que la ley no tiene la atribución de prohibir sino solamente las acciones dañosas a la sociedad. Esto quiere decir que la ley no puede establecer la prohibición que considere pertinente ni menos aún, puede hacerlo sin fundamentación que explique por qué eso que prohíbe es dañoso para la sociedad. Una vez tomado esto en cuenta recién se pasa a la segunda parte que obliga a las personas a sujetar su conducta a la ley. Pero no a una ley que prohíbe o manda cualquier cosa, sino que razonadamente prohíbe sólo lo nocivo (o manda, diremos completando la frase, lo que evita conductas nocivas).

La norma que en nuestra Constitución se acerca más a la que comentamos es la primera parte del literal b del inciso 24 del artículo 2 de la Constitución que dice: *“No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal salvo en los casos previstos por la ley”*, pero quiere decir una cosa distinta porque no limita la voluntad del legislador y en buena cuenta repite la prohibición de hacer lo prohibido y la obligación de hacer lo mandado.¹⁷⁰

Así las cosas, mientras no se cumpla con el requisito establecido en la constitución, los ciudadanos tienen expedito el goce de su libertad, para ejercerla de acuerdo a su derecho al libre desarrollo de su personalidad. En otras palabras, tal como indicábamos líneas arriba, la regla es que no hay límites, y si se requieren, éstos deben ser establecidos de forma expresa mediante una ley formal.

¹⁶⁹ RUBIO CORREA, Marcial. “Estudio de la Constitución Política de 1993”. Tomo I. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999, p. 440.

¹⁷⁰ *Ibidem*.

En el caso de la reproducción, este principio se aplicaría plenamente. El hecho de que tengamos en nuestro texto constitucional vigente una norma como es el artículo 6°, que reconoce el derecho a decidir, pero sin proponer restricciones expresas a su actuación nos abre la puerta a un ámbito de protección jurídica de la libertad reproductiva sin límites.

Del mismo modo, el que la principal norma programática de dicha disposición constitucional regule la libertad de procrear sin demarcar un ámbito de acción específico y sin prohibir abiertamente algunos supuestos no deseados en el ejercicio de esta facultad, involucra la primacía del respecto de la decisión de los ciudadanos frente al interés de terceros y del Estado.

En la práctica esto significa que la intimidad y la privacidad de las personas y las parejas se erige como una barrera infranqueable a la intromisión de cualquiera en la toma de decisiones a la hora de procrear.

Este ámbito de soberanía sobre la reproducción se sustenta básicamente en los principios antes estudiados de **Libre Desarrollo de la Personalidad** y de **Autonomía Individual**, los cuales también se encuentran reconocidos en la Constitución Política vigente.

2.2. La promoción de la paternidad y maternidad responsables

Habiendo repasado las actividades que giran en torno a la protección del concepto de libertad en el ámbito de la reproducción, en las líneas que siguen vamos a revisar los procedimientos y mecanismos implementados por el Estado peruano para cumplir el mandato de promoción de la paternidad y maternidad responsables.

Previamente señalamos que las principales normas peruanas que tratan sobre los derechos reproductivos son la Constitución Política de 1993 y el Decreto Legislativo N° 346, Ley de Política Nacional de Población. Ambos cuerpos normativos establecían que, en el ejercicio de las facultades reproductiva, el Estado debe garantizar el derecho de las personas a decidir,

lo que involucraba el reconocimiento de la libertad de las personas en todo tipo de decisión que tomen respecto a su reproducción, quedando proscritas cualquier tipo de intromisión en esta clase de asuntos, por pertenecer al ámbito de la intimidad personal y familiar, así como por constituir la materialización de libre desarrollo de su personalidad.

En el caso del fomento de la paternidad responsable, son esas mismas normas jurídicas las que nos proveerán el material normativo esencial para el desarrollo de nuestro estudio. La Constitución Política de 1993, siguiendo a su antecesora de 1979, establece en su artículo 6° que el Estado tiene por objetivo difundir y promover la promoción de la paternidad y maternidad responsables. Aunque el texto constitucional no explica por sí mismo qué significa o qué implicancias tiene el concepto de responsabilidad, de una interpretación sistemática con el Decreto Legislativo N° 346 (en adelante, la Ley), se deduce que el término “Paternidad Responsable” en el contexto del ejercicio de la procreación involucra dos ideas esenciales que se encuentran taxativamente señaladas en su artículo 3°, que establece:

“Artículo 3.- El Estado garantiza el ejercicio de la paternidad responsable, entendiendo por ésta el derecho básico de la pareja a decidir de manera libre y responsable el número y espaciamiento de sus hijos, y el deber que tienen los padres a educarlos y a atender adecuadamente las necesidades esenciales de los mismos.” (Énfasis agregado).

Podemos ver que este artículo actúa como una cláusula interpretativa del mandato señalado en el artículo 6° de la Constitución (aun cuando sea anterior a ésta), reconociendo la existencia de dos áreas básicas a las cuales se orienta la búsqueda de la paternidad responsable, que son:

1. Derecho básico de la pareja de decidir libre y responsablemente el número y espaciamiento de los hijos.

2. El deber que tienen los padres a educarlos y a atender adecuadamente las necesidades esenciales de los mismos.

Como resultado de ello, el concepto de **decisión responsable** en el contexto del escenario jurídico peruano es entendido como el cumplimiento, por parte del Estado, de una serie de obligaciones orientadas a la garantía de un ámbito de protección de la libertad de decisión, acompañada del deber de educar y satisfacer las necesidades de los hijos.

Esta posición es concordante con el precepto señalado en el artículo 2° de la misma Ley, que dispone:

*El estado fortalece la familia como unidad básica de la sociedad, promoviendo y apoyando su estabilidad y constitución formal. Ejecuta para ese efecto acciones que faciliten a las parejas la **toma de conciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer** (...)” (Énfasis agregado).*

Esta idea de deber u obligación inherente al concepto de libertad, como ya lo habíamos analizado en el apartado anterior, denota la aceptación de que el ámbito de protección de estos derechos no solamente protege al individuo o pareja que lo practica, sino también a terceras personas que no intervienen directamente en el acto reproductivo, como son los niños que nacerán como fruto de este suceso. Y ello no surge solamente del texto de esta ley. El mismo artículo 6° de la Constitución, justo después de reconocer el derecho a decidir, refiere que es deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos, por lo tanto, se colige que este precepto de responsabilidad es consustancial al de libertad y debe ser tomado en cuenta por los individuos y parejas al momento de ejercer la reproducción.

A partir de tales disposiciones, entendemos que la búsqueda de la paternidad y maternidad responsable, al menos en líneas generales, como

política estatal de la nación, consiste en garantizar que el varón y la mujer, como resultado de una madurez mental y afectiva, decidan libre y responsablemente mente respecto a su reproducción, teniendo en consideración sus obligaciones con sus hijos y con ellos mismos, y respondan por ello cuando sus ellos hayan nacido. Esto significa proporcionar a sus descendientes los bienes materiales y espirituales necesarios para su subsistencia, como alimentación, educación, vestido, vivienda, cuidados de su salud, amor, comprensión, comunicación, etc.¹⁷¹

Ahora bien, para el cumplimiento de dichos objetivos, la Ley de Población establece un conjunto de obligaciones al Estado, dividido en tres áreas: educación, comunicación y salud, a través de los cuáles se hace operativas las disposiciones antes citadas.

Para el sector educación, los artículos 11° al 15° de la Ley establecen que el Estado debe garantizar el desarrollo de programas de educación en materia de población, los cuales tendrían por objetivo, entre otros, lograr una mejor calidad de vida a través de un esfuerzo educativo que permita crear conciencia de la dignidad de persona humana, y formar actitudes positivas hacia la paternidad responsable, el sentido y valor de la sexualidad, y la comprensión de las causas y efectos de la dinámica poblacional y su relación con el desarrollo del país, atribuyéndose esta función principalmente a la familia. En cuanto a la educación que ésta debe brindar se agrega que ella está orientada a lograr una verdadera paternidad responsable y relaciones basadas en el respeto mutuo entre todos los miembros de la familia y el trato igualitario entre los sexos. Asimismo, se atribuye al sector Educación una serie de competencias generales destinadas, entre otras tantas cosas, a desarrollar programas de educación dirigidos a los padres de familia, con el fin de

¹⁷¹ USAID; GERENCIA DE APOYO ALIMENTARIO PROYECTO DE NUTRICIÓN INFANTIL SOSTENIBLE - “NIÑOS”. Folleto “Paternidad y maternidad responsable”. Lima, 1999. Encontrado en <http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/3437/3/BVCI0002181.pdf> (Consultado 03/02/2016).

apoyarlos en su formación y en la formación de sus hijos, capacitándolos para ejercer una paternidad responsable.

Lo mismo sucede con el área de comunicación, respecto del cual, el artículo 17° de la Ley señala que el Estado promueve el uso de los medios de comunicación social, para difundir programas tendientes a educar e informar sobre temas en población.

El área donde tenemos una visión más amplia de las acciones a emprender es el del sector Salud. Incluso la misma ley hace explícito este hecho al insertar minuciosamente una serie de objetivos para garantizar la paternidad responsable. Así tenemos que el artículo 24° de dicho cuerpo legal dispone que:

“Artículo 24.- El Estado, para garantizar la paternidad responsable, promueve la realización de programas de planificación familiar, los que comprenden actividades de educación, información y servicios a través de los establecimientos del sector salud: Ministerio de Salud, Instituto Peruano de Seguridad Social, Sanidades de las Fuerzas Armadas y Policiales e instituciones privadas. Dichos programas respetarán los derechos fundamentales de la persona y preservarán la dignidad de las familias.”

En concordancia con lo que señala este último dispositivo legal, el artículo 25° agrega:

“Artículo 25.- Los servicios médicos, educativos y de información sobre programas de planificación familiar garantizan a las parejas y a las personas la libre elección sobre el uso de los métodos de regulación de la fecundidad y de la planificación familiar. Las normas sobre autorización y uso de los métodos de planificación familiar que ofrecen los servicios de salud son expedidas por el Ministerio de Salud, quien es responsable de su cumplimiento.”

Partiendo de las citadas normas, se colige que el mandato constitucional de Promoción de la Paternidad Responsable señalado en el artículo 6° es ejecutado por el Estado Peruano principalmente a través del sector Salud, y se orienta a la realización de programas de Planificación Familiar que comprende las siguientes actividades:

- 1) Educación.
- 2) Información.
- 3) Servicios.

Todas estas actividades son provistas, según el artículo 24° de la Ley, por el Ministerio de Salud o por entidades distintas a ésta que tengan entre sus funciones la prestación de servicios de salud, como EsSalud (antes IPSS), Sanidades de las Fuerzas Armadas y Policiales e instituciones privadas de salud.

Ahora bien, en atención a lo ordenado por el artículo 25° del Decreto Legislativo N° 346, el Ministerio de Salud, a lo largo de estas décadas han venido emitiendo una serie de normas que hacen operativo el mandato de promoción de la paternidad y maternidad responsables, a través de lo que este sector denomina “Servicio de Planificación Familiar”. La más reciente de tales normas y que se encuentra vigente a la fecha de hoy es la Resolución Ministerial N° 652-2016-MINSA, emitida el treinta y uno de agosto de dos mil dieciséis, la misma que resolvió aprobar la Norma Técnica de Salud de Planificación Familiar (NTS N° 124-MINSA/DGIESP-V.01)¹⁷².

Este cuerpo de normas contiene una serie de procedimientos de atención en salud, cuya finalidad es, conforme lo señala ella misma:

“Contribuir a que las personas ejerzan sus derechos de manera responsable, libre e informada respecto a la decisión del número y

¹⁷² Texto completo en: ftp://ftp2.minsa.gob.pe/normaslegales/2016/RM_652-2016_MINSA.pdf (Consultado 10/01/2017).

espaciamiento de los hijos que deseen procrear, brindando servicios de planificación familiar de calidad.”

De manera mucho más específica, la misma norma expone que los objetivos que se quieren alcanzar son:

General:

- ✓ Establecer las disposiciones relacionadas con los procesos vinculados a la atención integral en planificación familiar, con calidad y seguridad, en los establecimientos de salud de los diferentes niveles de atención, según corresponda.

Específicos:

- ✓ Estandarizar los procedimientos técnicos para brindar atención de planificación familiar en los servicios de salud, en el marco de los derechos humanos, sexuales y reproductivos, con los enfoques de equidad de género, integralidad, interculturalidad e inclusión social.
- ✓ Establecer las responsabilidades y procedimientos administrativos y logísticos para asegurar la disponibilidad de métodos anticonceptivos en los establecimientos de salud públicos.
- ✓ Establecer criterios para la atención integral en planificación familiar, respeto, promoción de derechos, prevención de violencia y el enfoque de género en los servicios de atención.
- ✓ Mejorar la prestación del servicio, mediante procedimientos estandarizados en aspectos técnicos para la mejora de las competencias del personal en la atención en Planificación Familiar.
- ✓ Contribuir a mejorar la libre e informada elección de las personas a los métodos anticonceptivos de acuerdo a su opción reproductiva.

Vemos que las actividades realizadas por el Ministerio de Salud tienen por objetivo garantizar un programa de planificación familiar, poniendo relieve en la educación, información y atención médica en relación con la utilización,

prescripción y suministro de métodos anticonceptivos. Esto se hace más visible cuando dicha norma presenta una definición del término **“Planificación Familiar”**, el mismo que comprendería lo siguiente:

“Conjunto de actividades, procedimientos e intervenciones dirigidas a mujeres y hombre en edad fértil, dentro de las cuales se encuentra la información, educación, orientación/consejería y la prescripción y provisión de métodos anticonceptivos, para que las personas o parejas ejerzan el derecho a decidir libre y responsablemente, si quieren o no tener hijos, así como el número y el espaciamiento entre ellos.”

Asimismo, en el capítulo VI: DISPOSICIONES ESPECÍFICAS, apartado 6.1: sobre Promoción de la salud sexual y reproductiva, establece que la atención integral en salud sexual y reproductiva, y planificación familiar, comprende la oferta de servicios de promoción de la salud, prevención de enfermedades, orientación/consejería, provisión de métodos anticonceptivos, diagnóstico y manejo o referencia de las/os usuarios desde el primer nivel de atención hasta un centro especializado, si el caso lo requiere. De manera más específica, tenemos:

- La promoción de prácticas y entornos saludables en salud sexual y reproductiva y planificación familiar consiste en promover el desarrollo de habilidades personales y generar los mecanismos administrativos, organizativos y políticos que faciliten a las personas y grupos tener mayor control sobre su salud sexual y reproductiva y mejorarla. Estas actividades se realizarán básicamente en el primer nivel de atención o según corresponda:
- Difusión y comunicación en salud sexual y reproductiva (Población informada a través de estrategias de comunicación, medios de comunicación masiva, medios alternativos de comunicación comunicadores, líderes de opinión, periodistas y voceros informados y capacitados sobre los temas de salud sexual y reproductiva).

- Prevención de enfermedades relacionadas a la salud sexual y reproductiva.
- Orientación y consejería: Debe brindarse a toda persona interesada en especiar, limitar o postergar su fecundidad. Se debe proporcionar información, orientación y apoyo educativo al usuario (a) para esclarecer las dudas que pudieran tener sobre los métodos anticonceptivos.

De lo señalado es posible entender que los mecanismos de acción del Estado en materia de salud identifican la planificación con el acceso a métodos de anticoncepción y la prestación adecuada de servicios en un contexto de respeto a la decisión de los usuarios.

Un asunto que merece ser destacado es que todos los mecanismos de acción para la planificación familiar tienen un carácter informativo y educativo, ya que siempre, aun cuando se prevea la posibilidad de prescribir algunos métodos anticonceptivos, se pone siempre el carácter optativo y discrecional en la utilización de éstos.

Por otra parte, podemos apreciar que muchas de las ideas expresadas en el apartado anterior respecto a la importancia de concepto libertad han sido tenidas en cuenta también en el objetivo de fomentar la paternidad responsable.

Muestra de ello está contenida en la sección 5.10.2. *Derechos sexuales y reproductivos de las/os usuarias/os en los servicios de planificación familiar*, donde la norma técnica establece que éstos/as tienen derecho, entre otras cosas, a:

- Decidir libre y responsablemente sobre el número y el espaciamiento de sus hijos y disponer de la información, la educación y los medios necesarios para poder hacerlo.
- Libre elección y acceso informado en la opción anticonceptiva que elija.

- Ser atendido en los servicios de planificación familiar sin ningún tipo de coacción.
- No ser sometida/o a persuasión o presión, por ningún motivo, mediante ofrecimiento o entrega de algún bien o servicios que preste el establecimiento, como estímulo para usar algún método anticonceptivo, sea éste temporal o definitivo. Tampoco se permite retener o negar algún bien o servicio que preste el establecimiento como forma de disuasión, persuasión o presión para el uso de métodos anticonceptivos.

Deducimos del conjunto de actividades y servicios que se ofrece a la ciudadanía, que casi todos se efectúan a la luz de la noción de eficacia vertical de la libertad reproductiva a la que se hacía referencia previamente, vale decir, la prohibición estatal de intervenir en las decisiones reproductivas de las personas y las parejas.

Ahora bien, es importante considerar en este punto que la misma norma de población efectúa una interpretación de sus disposiciones de manera confusa. En un primer momento, al efectuar la interpretación del texto constitucional, el artículo 3° de la Ley, identificaba la garantía del ejercicio de la paternidad responsable con la decisión libre y *responsable* sobre la reproducción, además del consecuente deber que tienen los padres a educarlos a sus hijos y a atender adecuadamente las necesidades esenciales de los mismos, idea que guardaba relación con el postulado expresado en el artículo 2° en que se hablaba de una toma de conciencia sobre los derechos de los hijos sobre su crianza y educación como responsabilidad tanto del varón como de la mujer.

Sin embargo, al hacer un desarrollo más específico de las actividades a emprender para alcanzar la paternidad responsable, en las tres áreas de trabajo: educación, información y salud, no se incluye alguna actividad que tenga por objetivo cumplir dicho aspecto.

Al contrario, en cada uno de los ámbitos se pone atención únicamente a la situación de la persona o la pareja que ejerce la reproducción. Por ejemplo, las actividades de educación e información están referidas casi exclusivamente al conocimiento sobre los métodos de anticoncepción, y los servicios de salud, son todas actividades relacionadas con la salud sexual y reproductiva, empero, no existe mención alguna a la idea de deber paternal y la forma en que ha de cumplirse este elemento de promoción de la paternidad responsable.

Con esto no queremos desmerecer las acciones citadas como incorrectas o inútiles, sino sólo resaltar la existencia de un vacío en cuanto a uno de los objetivos de la paternidad responsable, precisamente aquel que le atribuye una nota de prudencia y sensatez en su actuar.

Sin perjuicio de ello, queda como conclusión que la noción de paternidad responsable, como política y objetivo constitucional del Estado Peruano, queda concebida en la práctica como la garantía de una decisión informada y autónoma sobre las formas de anticoncepción y salud reproductiva, todo ello en base al derecho de los individuos y parejas de ejercer su reproducción en total independencia y absoluta libertad.

A manera de síntesis

En este capítulo hemos emprendido una revisión del ordenamiento jurídico peruano a fin de verificar los avances efectuados en materia de derechos reproductivos y la forma en que ello se cumple en nuestro país. En principio, hemos verificado la plena vigencia de la Convención CEDAW, así como del Plan y Plataforma de Acción de El Cairo y Beijing en nuestro sistema legal, los cuales imponen obligaciones específicas que se han traducido en la emisión de normas con rango de ley como el Decreto Legislativo N° 346, que aprueba la Ley de Política Nacional de Población, así como pronunciamientos jurisdiccionales donde se asimila las normas citadas y se hacen operativos los

alcances de los conceptos de libertad de decisión y paternidad responsables, establecidos de manera general en la Constitución Política de 1993.

Sobre ese derrotero, hemos visto que la protección de la reproducción humana en el Perú se efectúa a la luz de dos postulados esenciales: 1) Protección de la libertad reproductiva de cualquier tipo de injerencia de parte de terceros, y 2) Promoción de la paternidad responsable a partir de programas de educación, salud e información.

Por un lado, la protección de la libertad se efectúa prohibiendo expresamente cualquier tipo de intervención por parte del Estado y de particulares en las decisiones reproductivas. Lo que cabe resaltar aquí es que se ha optado por un ámbito de protección amplio de esta facultad humana, lo que significa que nadie, bajo ninguna circunstancia, puede intervenir en la forma en que los ciudadanos deciden ejercer su reproducción. Para entender este postulado recurrimos al análisis del principio de libertad personal, reconocido en el artículo 2), numeral 24) inciso a) de la Constitución Política de 1993, en virtud del cual no pueden observarse límites o restricciones en las libertades si antes no se estableció mediante ley formal alguna limitación o prohibición a su ejercicio. En ese sentido, al no existir una disposición que de manera expresa demarque o restrinja el ámbito de protección de la libertad de procrear, se entiende que en nuestro ordenamiento jurídico esta facultad, en la práctica, no tiene ningún tipo de restricciones, lo que significa que, en la determinación del número, así como en la forma y momento de tener los hijos, la autonomía de la voluntad de las personas prevalece.

Por otra parte, respecto al fomento de la paternidad y maternidad responsables, nuestro sistema legal mantiene una posición imprecisa, esencialmente, porque la Constitución vigente y la Ley de Política Nacional de Población, en sus primeros artículos, identifican el concepto de responsabilidad con el deber de los padres de atender las necesidades de sus hijos y la toma de consciencia sobre el valor y derechos de los hijos sobre su

crianza y socialización como responsabilidad tanto del varón como de la mujer, no obstante, para hacer operativa esta disposición se recurre a planes y programas donde no hay mención expresa al concepto de deber y de responsabilidad. Por otro lado, si bien existe un trabajo más detallado en cuanto a las actividades del sector salud, (donde se cuenta incluso con una norma técnica especial), solamente se ocupa del tema regulando únicamente la provisión de servicios de programas de planificación familiar, relacionados todos con la educación, información y suministro de métodos anticonceptivos. Es decir, se plantea como equivalente del referido concepto de responsabilidad, el conocimiento, prescripción y aplicación de los métodos de protección existentes, dejando a decisión del usuario/a, el optar o no por algunas de las alternativas propuestas, todo ello dentro de un contexto de estricto respeto de la libertad.

La respuesta, entonces, a nuestra segunda pregunta planteada es que el Estado peruano regula la libertad reproductiva como una prerrogativa de amplio alcance, poniendo atención en la garantía de la libre y suprema decisión de las personas y parejas que lo practican. Del mismo modo, el objetivo de fomentar la paternidad y maternidad responsables, se limita a un conjunto de procedimientos de educación e información de servicios que solamente sugieren o invitan a los ciudadanos a utilizar métodos de anticoncepción.

CAPÍTULO IV: REPRODUCCIÓN ABUSIVA Y
DERECHOS DEL NIÑO

1. PATERNIDAD IRRESPONSABLE Y ABUSO DEL DERECHO DE PROCREAR

1.1. La protección de la paternidad irresponsable en el Perú

Se ha dicho que el concepto de responsabilidad en el ejercicio de la reproducción involucra la capacidad de tener en cuenta y prever las obligaciones que surgirán como consecuencia del nacimiento del nuevo ser, así como responder por ellas una vez éste ha nacido. Esto implica que, si una persona o pareja ejerce su libertad de reproducción con conciencia de las obligaciones y deberes derivados de este acto y, una vez nacido el niño, efectivamente cumplen con las mismas, tal decisión merecerá toda la protección contra la intromisión de terceros y del Estado mismo. Empero, cuando la procreación se efectúa sin el criterio de responsabilidad, y como consecuencia directa de ello se ocasione perjuicios al nacido, la conducta excederá de los límites subjetivos previstos en las normas que protegen la libertad de procrear.

A partir de ese postulado, se derivó a la idea de que la libertad reproductiva apunta a un objetivo esencial, básico, que gira en función a los intereses tanto de los potenciales progenitores, como los de su futuro hijo. Podemos denominar a esta finalidad como la búsqueda de la paternidad responsable. Se infiere entonces que la autonomía de la voluntad reconocida en las normas no puede ser interpretada de manera absoluta (es decir, rechazando incluso el imperativo de responsabilidad), sino dentro de unos límites intrínsecos, que impiden que los derechos se practiquen en contra de los valores elementales de la sociedad y causando daños a otros, ya que éstos no son fines para los cuales fueron concebidos.

En el Perú, tal como vimos en el capítulo precedente, el juicio de límites de la libertad reproductiva coincide con lo que hemos estudiado y, además, encuentra sustento constitucional y legal. En primer lugar, las normas

internacionales que han sido ratificadas en el Perú y en cuyo cumplimiento se ha comprometido nuestro Estado, en sus textos hablan expresamente sobre la obligación de ejercer la procreación de forma responsable, y de que éste consiste en tomar en consideración las obligaciones derivadas para con sus hijos y la comunidad. Del mismo modo, en el plano constitucional es expresa la mención que hacía la Constitución Política de 1979 y, luego, la de 1993, sobre el amparo y la promoción de la paternidad responsable, respectivamente. Finalmente, la principal norma peruana sobre reproducción y población, la Ley de Política Nacional de Población – Decreto Legislativo N° 346 -, confirma en el artículo V de su Título Preliminar que se ampara prioritariamente: “1. *A la madre, al niño, al adolescente, y al anciano.* 2. *Al matrimonio y la familia;* y 3. *A la paternidad responsable*”, y al mismo tiempo, reconoce en su artículo 3°, la garantía de un ejercicio responsable de la paternidad, entendido éste como el deber de los padres de educar y atender adecuadamente las necesidades esenciales de los niños.

Esto no hace más que confirmar la idea de que la Paternidad Responsable es un valor prioritario del Estado, que ha sido traducido en un objetivo de la Política Nacional de Población y de la misma Constitución. Ello no se puede tomar a la ligera. El objetivo constitucional de que los ciudadanos practiquen una paternidad responsable ha sido siempre un concepto ligado a la práctica reproductiva, cualquiera sea su manifestación.

Pese a lo mencionado, el análisis que hicimos sobre el marco normativo peruano que hace operativo el mandato de promoción de la paternidad y maternidad responsables nos muestra un panorama distinto. Hemos identificado aquí una serie de disposiciones que descartan por completo la idea de límites y que, al contrario, entienden el concepto “libertad” como amplia autonomía de la voluntad y el de “responsabilidad” como conocimiento, también con amplia autonomía, descartando por completo la idea de deberes y obligaciones derivadas de la reproducción bajo la presunción de que, con la

entrega de información y métodos de anticoncepción, se garantiza que los ciudadanos sean responsables.

Aquello nos llevó a la conclusión de que en el ámbito legal peruano la libertad reproductiva ha sido definida como una prerrogativa sumamente amplia, en cuya virtud las personas y parejas pueden tomar decisiones reproductivas de la manera que más les convenga. Para ello se ha levantado toda una estructura jurídica que exalta y eleva el concepto de autonomía a un nivel privilegiado, dominante, casi absoluto, que prohíbe todas las formas de intervención, incluso de persuasión, sobre las determinaciones reproductivas de los ciudadanos. Es decir, tenemos una muralla infranqueable que impide cualquier tipo de injerencia, especialmente por parte del Estado.

Mientras que, de otro lado, la promoción de la paternidad responsable se mantiene como una tarea pasiva y contemplativa, orientada a brindar servicios de educación, información, instrucción y puesta a disposición de diversos medios de anticoncepción, pero siempre dejando a los individuos toda la libertad para observar o no dicha orientación. Esta postura coloca al concepto de **responsabilidad** como un elemento neutral, inerte, estático, que solamente existe en la teoría y en la buena voluntad de los que ejercen la reproducción, pero que, en la práctica, no es capaz de influir en la forma en que los deciden practicar la misma, dado que carece de mecanismos refuercen su carácter obligatorio, dejándolo como una mera cuestión de elección.

Si bien la educación e instrucción cumplen una función importante en la difusión del conocimiento relativo a la reproducción, instruyendo a la población sobre las formas de planificarla, proyectarla y emprenderla, el objetivo de alcanzar un ejercicio responsable de la paternidad no puede culminar ahí. Al contrario, es necesario también establecer un sistema que garantice el cumplimiento obligatorio de los deberes inherentes a la mencionada facultad. No se trata simplemente de enseñar y sugerir los medios existentes, sino de

garantizar, por todos los medios legales posibles, que los ciudadanos opten por la vía correcta y no por otras formas marcadas por la irresponsabilidad. Dicho en otras palabras, promover la responsabilidad no denota solamente invitar a la gente que se comporte así, sino también evitar que sean irresponsables, imprudentes, insensatos.

De la misma manera en que las normas antes estudiadas prohíben expresamente a los funcionarios públicos cualquier tipo de intervención en las decisiones privadas de las personas y establecen, incluso, sanciones para quien incumplan tales disposiciones, la promoción de la responsabilidad también necesita ser impulsado con esta misma intensidad. Cuando a alguien se le reconoce una facultad o capacidad de grandes implicancias, en cualquier área o actividad, lo lógico es que al mismo tiempo se le exija una gran responsabilidad en sus actos, para lo cual será necesario no solamente orientarlo sobre lo que “puede” hacer, sino también establecer una serie de mecanismos y procedimientos que dispongan expresamente la obligación de actuar de determinada manera y prevean cómo “no debería actuar”. Esto es sumamente importante ya que de esa manera evitamos conductas eventualmente no deseadas que, de manera distinta a lo que desea alcanzar, generan, más bien, daños y perjuicios a los intereses de otras personas y causan desorden y anomalías en el orden social.

Atendiendo a lo señalado, siendo el objetivo de la política peruana de población la promoción o fomento de la paternidad responsable, se infiere, mediante una interpretación *contrario sensu*, que lo que se desea evitar con el ejercicio de la libertad en la reproducción es el comportamiento contrario a aquél, es decir, la paternidad irresponsable o el ejercicio irresponsable de la reproducción, conducta que representa la negación de las disposiciones, planes, políticas, programas, procedimientos instaurados por el Estado, así como la oposición a todo el sistema de protección de la reproducción que hemos venido estudiando hasta ahora.

Dicho en otras palabras, cuando se señala que deseamos promover la paternidad responsable, se admite tácitamente que rechazamos la paternidad irresponsable. De otra manera, no existiría razón para que este postulado se encuentre establecido tan reiteradamente en todos los textos sometidos a estudio. Es ella la actividad que se quiere inculcar y concientizar a los ciudadanos y no ésta última, objetivo que se sustenta precisamente en los derechos del niño, el orden social, el bienestar público y el respeto a la dignidad de la persona, las mismas que no pueden admitir una violación bajo el ejercicio irresponsable e imprudente de una libertad.

Ahora, cuando hablamos de paternidad irresponsable hacemos referencia a una enorme cantidad de comportamientos humanos en todos los cuales se encuentra presente el precepto “**incumplimiento o descuido de deberes parentales**”. En estos casos, los padres carecen de la conexión emocional con sus hijos que les obliga a hacer sacrificios personales para educar, alimentar y cuidar a sus hijos. Los padres irresponsables descuidan sus funciones y obligaciones de padre, negándose a satisfacer las necesidades básicas de sus hijos, aun cuando se encuentren en la posibilidad de hacerlo. Casos como éstos son muchos y de lo más variados, cada uno con consecuencias negativas en los intereses de los menores. No es objetivo de esta investigación entrar a determinar todos y cada uno de esas circunstancias, pero, en líneas generales, podemos señalar que este incumplimiento de deberes es, en todos los casos, equivalente al concepto de irresponsabilidad, dado que no se ha tenido en cuenta, antes de la procreación, ni después de ella, las obligaciones que se debía cumplir con los hijos existentes y futuros y no se ha respondido adecuadamente por ellas, provocando como consecuencia una violación de los derechos más fundamentales del menor y negándole la condición de persona, tal como analizaremos más adelante.

Considerando que la paternidad irresponsable es un efecto adverso al deseado, es menester que se establezca una estructura normativa y operativa que, al mismo tiempo que promueva la responsabilidad, impida y rechace la irresponsabilidad, sobre la base de que nos encontramos ante una obligación fundamental de los padres, sostenida por el deber de respetar los derechos de los demás, especialmente los del futuro hijo.

En ese sentido, cuando hablamos sobre la libertad reproductiva ya no nos encontramos ante una cuestión de autonomía solamente. Al ser el acto reproductivo una actividad de implicancias interpersonales que genera consecuencia en otros individuos, la protección legal y constitucional de la autonomía para decidir debería tener en consideración también el interés de estas otras personas, especialmente el del niño, lo cual solamente se logrará cuando aquel margen de independencia concedido a las personas ponga también su atención prioritaria a las consecuencias de este exceso de libertad.

En el caso peruano ello no ha sucedido. Todo lo referido a la responsabilidad en la reproducción ha quedado en un objetivo subjetivo y abstracto, debido a que el legislador y las autoridades correspondientes no han previsto un sistema que sea aplicable tanto en los casos en que la gente efectivamente siga las recomendaciones y orientaciones dictadas por los programas de planificación familiar, como los muchos otros supuestos en los que a la gente no le importe el seguir la vía de la responsabilidad. Se ha presumido que, con brindar educación, información y servicios de salud reproductiva, las personas y las parejas, automáticamente, por el sólo hecho de conocer las opciones existentes, iban a optar por la más correcta, pero ello no ha sucedido así.

La ausencia de disposiciones que impongan el deber de ser responsables y de mecanismos de acción aplicables para cuando las personas o parejas sean irresponsables, ha ocasionado en la práctica el reconocimiento de un régimen de protección ilimitado de la libertad reproductiva, que defiende a

todos los progenitores, incluso a los irresponsables, de recibir la más mínima injerencia en la forma en que ejerce su reproducción.

Mientras todavía no exista un texto normativo o un pronunciamiento expreso de los tribunales, que interprete y desentrañe el concepto e importancia de los límites en la libertad de procrear, los ciudadanos no se encontrarán sujetos a éstos límites, puesto que todavía siguen siendo “subjetivos”. Recuérdese que al hablar sobre la forma en que el Estado peruano protege la libertad en el ejercicio de este derecho, revisamos el Principio de libertad personal y de legalidad, que dispone que “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y que “No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley”.

En ese orden de ideas, siendo que el concepto responsabilidad en nuestra legislación se materializa únicamente como orientación, sugerencia o invitación a los ciudadanos pero sin constituir una verdadera obligación para ellos, aplicando el aludido principio de libertad personal, se deduce que todos los individuos y las parejas en el Perú tienen total soberanía para determinar el número de hijos (no importa cuán exagerada sea – con respecto a sus posibilidades económicas – o cómo sean ellos criados) y el espaciamiento entre éstos, sin preocuparse por las consecuencias derivadas de este acto, ya que no existe norma legal alguna que prohíba expresamente la procreación irresponsable, quedando el concepto “responsabilidad” sólo como una pieza decorativa de la libertad en cuestión.

Esta situación personifica la legitimización de la irresponsabilidad, dado que se protege la libertad tanto del responsable como del que no lo es, dando como resultado la constante generación de una situación de riesgo y de posible afectación al interés del niño, provocada por la falta de previsión y planificación de las mencionadas obligaciones al momento de ejercer la reproducción. Se ampara a los individuos que son conscientes y que

responden por sus obligaciones, pero también a los no lo hacen y causan daño a su prole.

No olvidemos que la razón por la que se incluyó el concepto de responsabilidad en las normas de libertad procreativa fue justamente para evitar interpretar este derecho como uno excesivamente amplio y sin restricciones, de manera tal que se evite instrumentalizar al niño como un mero objeto de la práctica reproductiva y que sus futuros intereses queden a absoluta arbitrariedad de la voluntad de sus potenciales padres.

Para que la política de promoción de la paternidad responsable que ordena la Constitución y que se cristaliza por la Ley de Política Nacional de Población y sus normas de inferior jerarquía sea coherente con los objetivos que desea alcanzar se necesita, además de los mecanismos ahora reconocidos, una herramienta que haga efectivo el rechazo de la irresponsabilidad y que impida que las personas que sean comprobadamente irresponsables, es decir, evidentemente no aptas para procrear y criar satisfactoriamente a sus hijos, puedan seguir teniendo más.

Debemos señalar que no nos mostramos en contra de lo que prescribe la ley cuando establece un fuerte régimen de protección de la libertad procreativa. Reconocemos que es un logro que nuestro país respete y establezca un alto estándar y se tome en serio el respeto de las decisiones personales humanas y de su intimidad, a diferencia de otros países en los que la restricción de las libertades es la regla y el ejercicio amplio de éstos, la excepción. Además, a decir verdad, la defensa de la persona y el respeto de su dignidad se encuentra íntimamente relacionada con la obligación del Estado de no intervenir ni dejar que otros se entrometan en el libre desarrollo de la personalidad de las personas, dado que de ella se desprende la razón de la existencia del ser humano, la sociedad y, por ende, el Estado.

Empero hay que tener en cuenta que un margen de libertad excesivamente amplio sobre libertades que tienen consecuencias sobre terceras personas, representa una contradicción con los otros valores que defiende nuestra Constitución. En ese sentido, cuando se permite a un ciudadano total independencia para hacer lo que quiera, sin importar que cometa excesos, se le da legitimidad también a todo el conjunto de actos que llegue a realizar. Esto sucede en la autonomía de la reproducción, ya que, si se concede toda la libertad para decidir, y se le plantea la responsabilidad solo como una opción, la persona quedará en total libertad de ser un progenitor irresponsable, dado que, aun cuando se le pueda sustraer al niño de su patria potestad e impedir que le siga causando daño, aquél tendrá completa libertad para seguir haciendo lo mismo, es decir, procreando una y otra vez, obligando al niño, la sociedad y el Estado a soportar la carga de su irresponsabilidad.

Conforme a lo mencionado, concluimos que el ordenamiento jurídico peruano en materia de protección de la reproducción humana tiene un enorme vacío, el mismo que da legalidad y crea un ámbito de impunidad para aquellas personas que, en ejercicio de su libertad reproductiva, llegan a cometer excesos causando daño a sus hijos, y que, pese a ello, siguen procreando más hijos de manera indefinida, sin que nadie pueda impedirlo.

1.2. La paternidad irresponsable como abuso del derecho

Habiendo sustentado que la paternidad irresponsable es un comportamiento negativo y que no merece protección jurídica, ahora veremos por qué ello es así, y por qué razón debería el Estado impedir y sancionar su realización.

La protección jurídica de la reproducción, desde sus primeras manifestaciones legales en las conferencias internacionales hasta su plasmación en las constituciones y normas de rango legal de nuestro país, siempre ha tenido una finalidad marcada por la noción de responsabilidad, la

cual involucra garantizar a los seres humanos un ejercicio libre e informado de la procreación, en armonía con los intereses de los progenitores, de los niños y de la sociedad.

Sería incorrecto afirmar lo contrario, es decir, que tantos años de esfuerzo hayan tenido por objetivo proteger las conductas antisociales e imprudentes, bajo un supuesto ejercicio legítimo de esta facultad. Para ello, este derecho ha sido concebido para ser practicado al mismo tiempo que se cumple con una serie de deberes, los mismos que se basan precisamente en la prudencia y el respeto de los derechos de los demás, para evitar con ello causar daño a los intereses de los demás.

Entonces, ¿es posible que este tipo de libertad, concebida en su más amplia extensión y con una potencial posibilidad de ejercerse con unos fines que contradicen los valores de la sociedad y generan perjuicios a los intereses de terceros, sea admitido y aprobado en un Estado de Derecho como el nuestro?

Al hablar sobre el concepto de excesos en la práctica de los derechos, necesariamente vamos a llegar a abordar el tema del abuso en el ejercicio de los derechos subjetivos, o más comúnmente conocido como abuso del derecho.

El abuso del derecho es una institución jurídica de aceptación universal, que parte de la idea antes sostenida de que los derechos no pueden ser considerados de manera individual, sino como un todo aplicable a los integrantes de la sociedad. En palabras de Josserand, los derechos tienen una misión social que cumplir, contra la cual no pueden rebelarse; no se bastan a sí mismos, no llevan en sí mismos su finalidad, sino que ésta los desborda al mismo tiempo que los justifica; cada uno de ellos tiene su razón de ser, su espíritu, del cual no podrían separarse. Si pueden ser utilizados, no es en atención a un objeto cualquiera, sino únicamente en función de su

espíritu, del papel social que están llamados a desempeñar: no pueden ser legitimados sin más ni más, sino a sabiendas, para un fin legítimo y por razón de un motivo legítimo. Por ejemplo, no podrían ser puestos en ningún caso al servicio de la malicia, de la mala fe, de la voluntad de perjudicar al prójimo; no pueden servir para realizar la injusticia; no pueden ser apartados de su vía regular; de hacerlo así sus titulares no los ejercitarían verdaderamente, sino que abusarían de ellos, cometerían una irregularidad, un abuso de derechos de que serían responsables con relación a las víctimas posibles¹⁷³.

Coincidiendo con este postulado, Cuentas Ormachea refiere que el fundamento para reprimir el acto abusivo está en que ningún derecho es ilimitado, pues de ser así, no habría orden social posible. Aquel que tiene derechos frente a los demás integrantes de la sociedad, también tiene deberes para con ellos. No puede existir un grupo social en que haya únicamente sujetos titulares de derecho, así como tampoco puede haber una sociedad en que los hombres estén exclusivamente sujetos a cumplir deberes. En ese sentido, concluye dicho autor, la limitación del derecho subjetivo de una persona no sólo está determinada por el interés de la sociedad o del Estado, sino, también, por el interés individual del titular de otro derecho subjetivo que necesita el respeto a su derecho para mantener su dignidad de persona o sea el ejercicio de sus facultades y poderes propios cuyo desconocimiento importaría la degradación de su estado de persona.”¹⁷⁴

En esa línea de argumento, Gianluigi Palombella asevera que el abuso del derecho presupone que *“... a través del uso de un derecho subjetivo reconocido por una norma, se provoca un daño a un interés ajeno evidentemente «no protegido por una específica prerrogativa jurídica» (de otro*

¹⁷³ LLAMBIAS, Jorge Joaquín. “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Tomo II. Décimo Séptima Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1977, p. 158.

¹⁷⁴ CUENTAS ORMACHEA, Enrique. “El abuso del Derecho”. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N° 51, 1997, p. 468. Disponible en <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085322.pdf> (Consultado 03/02/2016).

modo nos encontraríamos sencillamente ante un caso de una simple violación de reglas contradictorias, no de un abuso)."¹⁷⁵

Otra tesis que refuerza dicha posición es la de León Duguit, para quien el abuso del derecho es una desviación de su función social. Al respecto, Josserand, citando a aquél en relación al fundamento del abuso del derecho, dice que "*... en una sociedad organizada los pretendidos derecho subjetivos son derecho-funciones; deben mantenerse en el plano de la función a que corresponden; en caso contrario, su titular comete una desviación, un abuso del derecho o sea que el acto abusivo es el acto contrario al fin de la institución, a su espíritu y a su finalidad*".¹⁷⁶

Las ideas en mención nos permiten entender que la idea del abuso del derecho rechaza la realización de aquellas conductas que, bajo la apariencia de constituir el ejercicio regular de una determinada facultad, tienen un objetivo contradictorio con el espíritu mismo del derecho subjetivo, utilizando éste como excusa para fines egoístas e incompatibles con el sistema normativo vigente.

En el contexto normativo peruano, el abuso del derecho se encuentra reconocido en el artículo 103° de nuestra Constitución Política de 1993, donde, de manera breve y sucinta, se señala lo siguiente:

103°. "(...) *La Constitución no ampara el abuso del derecho.*"

Sobre el particular, Rubio Correa, siguiendo a Fernández Sessarego, señala que al situar el problema del abuso del derecho dentro del marco de la situación jurídica subjetiva es recién posible comprender a plenitud como el acto abusivo significa trascender el límite de lo lícito para ingresar en el ámbito de lo ilícito al haberse transgredido una fundamental norma de convivencia

¹⁷⁵ PALOMBELLA, Gianluigi. "El Abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law." Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 29, 2006. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. Universidad de Parma, Italia, pp. 37-38. Disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcmg846> (Consultado 03/02/2016).

¹⁷⁶ CUENTASORMACHEA, *óp. cit.*, p. 473.

social, nada menos que un principio general del derecho, dentro del que se aloja el genérico deber de no perjudicar el interés ajeno en el ámbito del ejercicio o del no uso de un derecho patrimonial. Se trata, por cierto, de una ilicitud *sui generis*, lo que permite considerar al abuso del derecho como una figura autónoma que desborda el campo de la responsabilidad para ingresar en el de la Teoría General del Derecho.¹⁷⁷

Partiendo de esa premisa, el referido autor considera que el establecimiento de esta norma en la Constitución nos lleva a una polémica conocida para los constitucionalistas, la de la posibilidad de abusar del ejercicio de los derechos constitucionales.¹⁷⁸ Desde esa óptica, (aunque la denominación de *abuso del derecho* no sea precisamente la más correcta), el texto constitucional peruano acoge la idea que se vino explicando antes, de que incluso en los derechos fundamentales existen límites, los cuales vienen dados por el deber genérico de no causar daño a otros en el ejercicio de un derecho, en el caso específico en que, a través de dicho ejercicio, se afecte un interés no protegido por una expresa norma jurídica.

Rubio Correa agrega que cuando se ha trasladado la figura del Abuso del Derecho del campo del Derecho Civil al campo constitucional se abre inmediatamente la siguiente pregunta de si son susceptibles de abuso los derechos constitucionales. No cabía hacérsela antes porque mientras los derechos tenían rango constitucional el abuso tenía rango de ley. Ahora las cosas son distintas. Cuando se determina el abuso de un Derecho Constitucional se está automáticamente diseñando una norma de conducta social para todos los futuros casos porque un derecho constitucional es base del orden social general, no sólo de la relación entre partes. A su vez, declarar

¹⁷⁷ RUBIO CORREA, Marcial. "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomo IV. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, marzo 1999, p. 196.

¹⁷⁸ *Ibidem*.

abusivo el ejercicio de un derecho constitucional afectará toda la regulación de la organización social.¹⁷⁹

Es sumamente conveniente citar en este punto, una parte del debate constitucional de 1993, fruto del cual se acordó incluir este texto en la Constitución a fin de reafirmar la interpretación que seguiremos:

“[Se] sugiere que el concepto de abuso del derecho —que está en este inciso— lo convirtamos en un artículo, elevando el artículo II —me parece— del Título Preliminar del Código Civil a la condición de precepto constitucional. La propuesta es muy importante, porque el abuso del derecho puede producirse en cualquiera de las libertades y derechos que hemos considerado. (...)”¹⁸⁰

“Una aclaración que me parece significativamente importante: en el Código Civil, el abuso del derecho está referido a las relaciones personales; pero si nosotros lo incorporamos a la Constitución, no solamente estaría referido a la limitación del abuso del derecho de las relaciones personales, sino también a las relaciones de naturaleza pública. (...)”¹⁸¹

A partir del debate de los constituyentes en el año 1993, así como de la misma redacción literal del artículo 103° de la Constitución se desprende que el objetivo de esta disposición constitucional era el de evitar que con la excusa de que se viene ejerciendo un derecho, se cause a otra persona un daño:

“¿Quién abusa de su derecho? Abusa de su derecho el que lo ejerce e innecesariamente causa daño a otro; ahí está el quid. El quid del abuso

¹⁷⁹ RUBIO CORREA, Tomo I, *óp. cit.*, p. 443.

¹⁸⁰ CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ. “Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento”. Tomo I, 1993, p. 302. Disponible en línea en: <http://www.congreso.gob.pe/paracas/publicad.nsf/sesionespleno> (Consultado 02/01/2017).

¹⁸¹ *Ídem*, p. 305.

del derecho es que yo use mi derecho pero que, al ejercerlo, sin qué ni por qué, cause daño a otro.”¹⁸²

He aquí el punto esencial que explicábamos anteriormente. El abuso parte del ejercicio de un derecho, siempre a través de él, causa un daño a alguien, y es por esa razón que se rechaza su realización. Así, este tipo de comportamiento quedan excluidos del ámbito de las relaciones interpersonales libres, dada su naturaleza dañina para el orden social.

Teniendo en consideración las ideas expuestas sobre la figura del abuso del derecho, corresponde analizar ahora si esta institución jurídica es aplicable dentro del caso que acabamos de explicar en la sección anterior, es decir, si puede hablarse de un abuso en el ejercicio de la libertad reproductiva. Para ello es menester partir de la noción básica explicada en los capítulos anteriores, de que el ejercicio de la autonomía dentro de las decisiones reproductivas se encuentra sometido a límites, los cuales se encontraban impuestos por el concepto de **responsabilidad**, expresamente mencionado en los textos nacionales e internacionales y que otorgaba al elemento de autonomía, propia de las decisiones reproductivas, una condición obligatoria para su correcto ejercicio, que es que las parejas y los individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones y/o responsabilidades hacia la comunidad.

Sin embargo, la legislación peruana, de manera contradictoria con ese postulado, pese a que pretende alcanzar un determinado modo de comportamiento reproductivo (paternidad responsable), no pone límites a la autonomía de la voluntad de los ciudadanos, permitiendo indirectamente la comisión de su equivalente contrapuesto (paternidad irresponsable). Dicho en otras palabras, reconoce un amplio ámbito de libertad, no establece restricción alguna y, finalmente, en ejercicio de esta facultad se cometen conductas que

¹⁸² *Ídem*, p. 306.

contradicen el espíritu del derecho concedido, llegando a causar perjuicios a otros. Estos elementos dan lugar a la configuración del abuso en el ejercicio del derecho fundamental a la libertad o autodeterminación reproductiva.

Tal situación, nos lleva a identificar una contradicción al espíritu mismo de la norma fundamental e incluso otros textos normativos internacionales que protegen a la persona humana y amparan su dignidad humana, como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la misma que también preveía en sus artículos 29° y 30° que:

Artículo 29°:

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas. (Subrayado agregado).

Artículo 30°:

“Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.”

La redacción de la Declaración es clarísima. No se permite que una conducta abusiva que, con la apariencia de estar conforme con la ley, contravenga los derechos de otros, así como el orden social y el bienestar de nuestra sociedad. Es así que el análisis de la libertad reproductiva a la luz de la figura del abuso del derecho nos permite darnos cuenta de la potencial peligrosidad que tiene una permisibilidad extrema en la reproducción, como consecuencia de la imprevisión de consecuencias negativas de un comportamiento humano.

Empero, la invocación de esta institución no es suficiente. En cuestiones prácticas, el abuso del derecho, tal como se encuentra reconocido en el artículo 103° de la Constitución, carece de mecanismos específicos que hagan efectivo ese rechazo a la conducta abusiva. Es por ello que es esencial que el problema no se quede en la teoría del abuso del derecho. Si bien calificar una conducta como abusiva es un avance, tampoco es la solución final. Es menester que la ilicitud de esta conducta sea establecida expresamente para que se puedan instaurar mecanismos de prohibición y sanción de esta conducta.

La urgencia de esta situación se observa en la realidad misma. En el Perú, el problema de la paternidad irresponsable es evidente. Casi hasta forma parte de la manera de pensar de muchos ciudadanos. Sin mencionar la enorme cantidad de procesos que llegan al Poder Judicial como consecuencia de tal situación (especialmente los procesos de alimentos, y los de omisión a la asistencia familiar, abandono infantil, tutelar, etc.), la realidad misma nos muestra otros casos más graves en los que el rol de los progenitores es nulo o inexistente, dando como resultado un agravamiento de la situación de muchos menores en el país.

A partir de algunas cifras extraídas de estudios internacionales y nacionales veremos que existen incontables casos en los cuales se puede afirmar que se

ha vulnerado los intereses del niño a partir del incumplimiento de las responsabilidades paternas.

Un primer ejemplo es el de los niños nacidos en ambientes de extrema pobreza, donde padecen la imposibilidad de satisfacer correctamente sus necesidades básicas, debido, esencialmente, a la escasez, casi absoluta de recursos esenciales para una vida digna.

Según un informe de las Naciones Unidas del año 2010, efectuado en base a datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística e Informática (INEI), en el Perú, los niños, niñas y adolescentes del país son los que concentran los índices más altos de pobreza y pobreza extrema. Mientras un 35% del total de la población peruana vive en situación de pobreza, esta cifra se eleva a 49% entre los niños y niñas de 0 a 5 años y a 48% entre los de 6 a 11 años. En el caso de la pobreza extrema, el 12% del total de la población peruana se encuentra en esta situación frente al 19% de los niños y niñas de 0 a 5 años.¹⁸³ Estos índices son preocupantes, toda vez que para estos niños será sumamente difícil acceder a una alimentación adecuada, llegar a estudiar regularmente, servicios de salud mínimos, etcétera, lo cual repercutirá en su capacidad de desarrollo futuro.

Si bien debemos diferenciar aquellos casos en los que, pese a la adversidad, algunos progenitores luchan, en la medida de lo posible, por satisfacer mínimamente las necesidades de sus hijos, evitando por lo menos que éstos salgan a trabajar, sin embargo, no podemos afirmar que siempre ello es así. En muchos otros casos, algunos padres procrear a sus hijos con la finalidad de emplearlos como herramientas de trabajo. Prueba de ello son los numerosos ejemplos de trabajo infantil informal, es decir, niños que, en

¹⁸³ FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI). “Estado de la Niñez en el Perú”. Lima, 2011, p. 10. Disponible en: https://www.unicef.org/peru/spanish/Estado_Ninez_en_Peru.pdf (Consultado 10/01/2017).

lugar de estudiar, recrearse y desenvolverse como un niño cualquiera, se encuentran en las calles mendigando dinero que muchas veces es arrebatado por sus padres. El aludido estudio señala al respecto que, de acuerdo a la Encuesta de Trabajo Infantil (ETI), el 37% de los niños y niñas de 5 a 13 años trabaja. La proporción de los que trabajan en alguna actividad económica, por lo menos, una hora a la semana es más del triple en el área rural (66%) que en la urbana (21%). Existe una alta heterogeneidad en la intensidad de la jornada laboral que enfrentan los niños y niñas: el 30% de los que trabaja tiene una jornada semanal de menos de 6 horas, mientras el 48% tiene una jornada de entre 7 y 16 horas (de 1 a 2 horas diarias) y el 23% restante trabaja más de 2 horas y media diarias.¹⁸⁴ En otro informe publicado por el Diario Perú21, el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo señalaba que en el Perú, uno de cada cuatro niños trabaja, es decir, 1.659 millones en total, informó el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. Asimismo, del total de menores trabajadores, el 58.7% se encuentra en las zonas rurales del país, según los indicadores revelados.¹⁸⁵

Estas actividades, a decir de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), privan a los niños de su niñez, su potencial y su dignidad, y son perjudiciales para su desarrollo físico y psicológico.¹⁸⁶ En efecto, desde nuestra parte estimamos que la utilización de niños para la realización de actividades económicas informales representa significa rebajar su condición de ser humano a la de un simple objeto recaudador de dinero para los intereses de sus padres. Los encargados de efectuar actividades productivas para el sostenimiento del hogar son estos últimos y solo de manera excepcional los menores, en condiciones adecuadas que no importe un riesgo

¹⁸⁴ *Ídem*, p. 16.

¹⁸⁵ Diario Perú21. Edición del 29 de enero de 2015. “Trabajo infantil: Uno de cada cuatro menores trabaja en el Perú”. En: <http://peru21.pe/economia/ministerio-trabajo-uno-cada-cuatro-menores-trabaja-peru-2210563> (Consultado 12/01/2017)

¹⁸⁶ Revista Perú Económico. Edición del 2012. “Trabajo Infantil”. Disponible en: <http://perueconomico.com/ediciones/66/articulos/1200> (Consultado 08/01/2017).

o peligro, afecte su proceso educativo o sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social.¹⁸⁷ No obstante, en la realidad vemos que niños de diversas edades concurren en las calles mendigando por monedas, limpiando parabrisas, haciendo malabares, revolcándose en las pistas, además de otras actividades que, además de poner en riesgo su salud y su integridad física frente a los peligros de la vía pública, los aleja cada vez más de las posibilidades de ser un ciudadano de bien.

Otro problema que aqueja a los niños y que, probablemente, sea la máxima manifestación de la irresponsabilidad de los padres, es el abandono infantil, dificultad por la que atraviesan muchos niños en nuestra región y nuestro país. En estos casos, estos niños, pese a tener padres que le dieron la vida, fueron dejados a su suerte, expuestos a todo tipo de peligro. Menores que no tienen un presente agradable y que la necesidad los hace privarse de las satisfacciones más elementales como la de tener una infancia normal, es decir, ir al colegio, disponer de tiempo para hacer tareas, para jugar, para distracciones o simplemente para ver televisión.¹⁸⁸ Esta situación genera, a su vez, una serie de otros problemas que moldean erróneamente la conciencia del niño y lo convierten, muchas veces, en un hombre alejado del cumplimiento de la ley.¹⁸⁹ Para solucionar este problema la figura de la

¹⁸⁷ Artículo 22° del Código de los Niños y Adolescentes.

¹⁸⁸ Diario La República. Edición del 11 de octubre de 2012. “822 niños y adolescentes han sido abandonados por sus padres en Lima”. Disponible en: <http://larepublica.pe/11-10-2012/822-ninos-y-adolescentes-han-sido-abandonados-por-sus-padres-en-lima> (Consultado 08/01/2017).

¹⁸⁹ Según un estudio realizado en Piura por el Observatorio Regional de Seguridad Ciudadana sobre 500 internos del penal de esa localidad, **el 43% de ellos abandonó su vivienda** antes de cumplir los 15 años de edad por razones diversas que comprometieron su estado emocional. De ellos, un 40% decidió migrar en la casa de algún familiar; un 38% pidió ayuda para quedarse a vivir en la casa de su amigo y el **21% se quedó a vivir a la intemperie**. Además, el mayor porcentaje de reos –que decidieron abandonar sus viviendas– tuvo como razón principal la violencia en sus hogares, donde muchas veces eran víctimas de maltratos físicos y psicológicos. Incluso presenciaban las agresiones físicas y verbales entre sus padres, por lo que decidieron alejarse de ese contexto. Otro común denominador que revelaron los reos es que sus familiares tienen antecedentes penales. Del total de encuestados, el 14 % tuvo a su padre en la cárcel por robo agravado; el 16% por tráfico ilícito de drogas. Y el 35% durante su niñez fue testigo de la captura de alguno de sus familiares (tíos y hermanos) y posterior sentencia en un centro penitenciario. Diario La República. Edición del 12 de enero de 2017. Disponible en: <http://larepublica.pe/impres/sociedad/838861-el-43-de-internos-del-penal-de-piura-abandono-su-hogar-antes-de-los-15-anos> (Consultado 12/01/2017).

adopción tampoco constituye una solución relevante ya que nuestro país no es precisamente uno que se caracterice por practicar la adopción, y muestra de ello es la inmensa cantidad de niños que se encuentran en espera.¹⁹⁰

El abuso en estos casos es evidente. La procreación aquí ha sido tomada como un juego, el juego de la libertad ilimitada, en cuya virtud, nada ni nadie puede reprocharles ni impedirles seguir haciéndolo. La reproducción libre, entendida con prescindencia del deber social de responsabilidad, pesa aquí incluso más que el derecho de tales niños a ser tan felices como otros que sí tuvieron la suerte de nacer en un hogar con personas responsables y conscientes de su rol con él.

Si estos niños, antes de nacer, hubieran podido elegir entre hacerlo en una vida como esa, teniendo tales personas como padres con todas las consecuencias negativas que ello implica, y no haber nacido, probablemente hubieran escogido lo segundo.

De esa manera, el abuso del derecho o libertad de procrear se ha convertido en un asunto casi normal para nuestro país. Libertad sin límites, paternidad irresponsable legitimada y niños que padecen sus consecuencias son los signos característicos de este escenario que, al parecer, no cambiará si se mantiene la posición débil y sumisa que nuestras leyes y políticas de protección de la reproducción humana propugnan tan blandamente.

Si una persona o una pareja no ha sido capaz de cumplir con sus obligaciones paternas (al menos con los mínimos recursos), privando a sus hijos de una vida digna y, al contrario, se han olvidado de ellos, reniegan de su existencia, o en muchos casos los han utilizado como objetos para proveerse de recursos o, incluso peor, los han abandonado a su suerte, condenándolos a un futuro incierto, ¿Debe el Estado seguir reconociéndoles

¹⁹⁰ El Comercio, sábado 10 de noviembre de 2012. “Más de 10 mil niños peruanos esperan conseguir una familia adoptiva”. Disponible en: <http://elcomercio.pe/sociedad/lima/mas-10-mil-ninos-peruanos-esperan-conseguir-familia-adoptiva-noticia-1494667> (Consultado 10/01/2017)

toda la libertad para seguir teniendo más hijos a los que, muy probablemente, les espera una vida igual que a los demás? ¿No sería acaso mejor si antes de invertir esfuerzo y dinero en atenuar o tratar de resolver tantos problemas derivados de la irresponsabilidad de algunos padres, (y que siguen creciendo ya que éstos siguen procreando reiteradamente), evitamos que estos individuos que han demostrado no ser competentes o capacitados para ser responsables con su prole, sigan trayendo a la vida a individuos que no van a poder criar correctamente?

La respuesta, de acuerdo a lo que hemos venido exponiendo es obvia. El Estado peruano a nivel constitucional rechaza el abuso en el ejercicio de las libertades, incluso las más fundamentales, sin embargo, comoquiera que esta repulsión es solamente a nivel teórico y subjetivo, es necesario que exista un mecanismo en nuestro sistema legal que permita efectivamente reprimir tales excesos. Caso contrario, la cláusula constitucional quedará únicamente como una proposición vacía y carente de sentido sin la capacidad de poder combatir el abuso en la realidad.

En el caso de la paternidad irresponsable, habiendo visto a través de la información teórica y los datos estadísticos citados, que la personalidad del niño puede llegar a degradarse como consecuencia del ejercicio (aparentemente legítimo) de un derecho, no puede negarse que este comportamiento constituye un exceso, un atropello cometido bajo el amparo de una libertad constitucional. Por ello, es fundamental establecer expresamente que esta es una conducta indeseada y dañina, y, por ende, reconocida como abuso de la libertad de procrear. Si ello no es así, no será mucho lo que se pueda hacer, dado que la figura del abuso del derecho tiene una función más declarativa que operativa.

Emprender tales cambios es una necesidad a efectos de mantener una concordancia integral dentro de nuestro ordenamiento legal. Ello se debe a que, simultáneamente al vacío advertido, poseemos un sistema de protección

constitucional y legal del niño, que obliga a que en todas las medidas que emprenda el Estado se tomen en cuenta el derecho y el interés del niño y que se respete su condición de sujeto de derecho. En cumplimiento de tales disposiciones, es menester regular los excesos permitidos por la normativa actual de la libertad de reproducción humana a fin de no contravenir dicho régimen de protección de los menores.

Este tema y sus implicancias, serán analizados a continuación.

2. LIBERTAD SIN LÍMITES Y DERECHOS DEL NIÑO

2.1. La protección de la niñez en el Perú

Como ya adelantamos, el Estado Peruano posee un sistema de protección de niño que ampara su existencia incluso desde su concepción. Para ello, establece un marco jurídico que lo protege aun antes de nacer y le concede un conjunto de derechos en todo lo que le favorece. Este sistema está integrado por toda una gama de disposiciones normativas que incluye instrumentos internacionales y nacionales que apuntan a la defensa y el amparo de los derechos de los menores frente a las acciones de la sociedad y del Estado.

A nivel internacional, la Declaración de los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño establecen obligaciones para los Estados partes para la debida salvaguarda de los intereses de los niños, en atención a su especial situación de falta de madurez física y mental, razón por la cual necesitan protección y cuidado especiales, tanto antes como después del nacimiento.

Tal como señala el Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño, la necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal

de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los artículos 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el artículo 10) y en los estatutos e instrumentos pertinentes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan en el bienestar del niño.

El principio de protección de los menores e incapaces fija los parámetros que protegen el derecho de los sujetos más vulnerables. Enrola una etapa de la vida y un estado del ser humano en el que en ambos están más sensibles que las demás personas. La infancia es una bella etapa de la evolución hacia la madurez. Durante ella, la familia es la primera fuerza que interviene modulando las experiencias infantiles, fijando conductas y participando en la personalidad progresiva del menor. Este principio está basado en que el Derecho de familia en su rol tuitivo contiene normas que protegen, concreta y específicamente, a determinados miembros de la familia que tienen una primacía en lo referente a su protección.

La esencia de este principio tiene como finalidad lograr el desarrollo, la integración social y el correcto disfrute de los derechos de los menores. La protección especial para los niños y adolescentes es reconocida en el artículo 2 de la Declaración de los Derechos del Niño cuando menciona que *"el niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensando todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño"*. En concordancia con ese postulado, el Preámbulo a la Convención señala que *"el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento"*.

Conforme al contexto normativo internacional citado podemos deducir que la protección especial del niño es un principio legal de alcance internacional que reconoce y resalta el hecho de que todos los niños, niñas y adolescentes necesitan protección y de que hay quienes, por circunstancias especiales, necesitan mayor contención y apoyo que otros, y el Estado y la sociedad deben brindar una atención especial.

El fundamento constitucional de la protección del niño y del adolescente, según lo ha expresado el Tribunal Constitucional peruano comentando el artículo 4° de la Constitución Política vigente, “... *radica en la especial situación en que ellos se encuentran; es decir, en plena etapa de formación integral en tanto personas. En tal sentido, el Estado, además de proveer las condiciones necesarias para su libre desarrollo, debe también velar por su seguridad y bienestar*”¹⁹¹. De ello se advierte que el sentir es que los niños y adolescentes, por su propia edad y desarrollo físico y psicológico se encuentran en posición de desventaja frente a los demás integrantes de la familia, y de la sociedad, y siendo los niños el puente para el desarrollo, progreso tanto de sus propias familias como de la sociedad, merecen una especial protección.¹⁹²

Aun cuando el concebido no es persona ni tiene tampoco una personalidad especial o limitada se reconoce que es el ser humano antes de nacer que, pese a que depende de la madre para su subsistencia, está genéticamente individualizado frente al ordenamiento jurídico y, como tal, se convierte en un centro de imputación de los derechos y los deberes que lo favorecen. Es por eso que se dice que es un sujeto de derecho privilegiado.¹⁹³

¹⁹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional. Expediente N° 3330-2004-AA/TC. Fundamento Jurídico 35.

¹⁹² VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. “Tratado de Derecho de Familia. La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia”. Editorial Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición, Tomo I. Lima, 2011, p. 270.

¹⁹³ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Estudios sobre Derecho de las Personas”. Segunda Edición, Editorial Huallaga. Lima, mayo 1996, pp. 33-34.

Partiendo de esa idea, a continuación, analizaremos si es lógico y coherente, desde un punto de vista jurídico, que el Estado peruano posea un régimen de protección ilimitado de la libertad reproductiva, cuando, al mismo tiempo, ampara también de manera integral los derechos de los menores.

Para tal finalidad, revisaremos las dos principales corrientes teóricas que explican, desde los textos normativos nacionales e internacionales, cómo funciona y se materializa la protección del niño. Éstas son la **doctrina de la protección integral del niño** y el **principio de interés superior de niño**, las mismas que serán contrastadas con las ideas relevantes hasta ahora estudiadas respecto a la protección ilimitada e irrestricta de la libertad de procrear.

2.2. Doctrina de la protección integral del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño en 1989 es, sin duda alguna, el instrumento jurídico más completo y acabado de la nueva concepción de la infancia y adolescencia. Con ella, aparece un nuevo paradigma que obliga a repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia y adolescencia, como instrumentos realmente eficaces de defensa y promoción de los Derechos Humanos de todos los niños y adolescentes, y no solamente de la categoría residual “menores” como ha sido concebida la protección bajo el esquema de la doctrina de la situación irregular. En ese sentido, la importancia de la Convención es trascendental, ya que ella constituye la reafirmación y consolidación de los derechos del niño, es decir, se sientan las bases de la edificación de los derechos humanos de la infancia y adolescencia.

Este nuevo paradigma se conoce como la doctrina de la protección integral. A través de ella, el niño irrumpe como sujeto de todos los derechos reconocidos por la normativa internacional para todos los ciudadanos y,

además, tiene los derechos propios a su especial condición de ser humano en desarrollo.¹⁹⁴

El punto central de esta doctrina es el reconocimiento de todos los niños, niñas y adolescentes, sin discriminación alguna, como sujetos de plenos derechos, cuyo respeto el Estado debe garantizar. De la consideración del menor como objeto de compasión-represión y de tutela por parte del Estado, se pasó a la defensa de la infancia y adolescencia como sujetos de plenos derechos, así como la previsión de los canales idóneos para exigirlos. Este cambio de perspectiva sobre el niño denota un gran paso desde cuando se le consideraba solamente un objeto de compasión-represión a un sujeto pleno de derechos. Las características esenciales de esta doctrina son¹⁹⁵:

a) La consolidación de la situación jurídica del niño, niña y adolescente como titular de derechos fundamentales. La Convención sobre los Derechos del Niño exige reconocer las peculiaridades del disfrute y ejercicio por los niños, niñas y adolescentes de derechos como la identidad, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, conciencias y religión, el derecho de asociación y el derecho de reunión, el derecho a la intimidad y a la vida privada y los derechos de participación tanto a nivel familiar como cultural y social. El reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos significa que ellos tienen derecho: al respeto, la dignidad, la libertad, la protección y al desarrollo pleno. Los derechos humanos sin atributos propios de su condición humana. Y gozan, a su vez, de todos los derechos humanos fundamentales y de las garantías reconocidas a los adultos en la Constitución y en las leyes, no pudiendo como ciudadanos –en ningún caso y por ningún motivo- ser tratados

¹⁹⁴ PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Plácido. “Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes”. Pacífico Editores S.A.C. Primera Edición. Lima, Julio 2015, p. 47.

¹⁹⁵ *Ídem*, pp. 48-49.

como objetos de intervención por parte de la familia, las instituciones (públicas o privadas), la sociedad y el Estado. De esta manera se les protege de cualquier decisión, arbitrariedad o injerencia ilegal por parte del Estado, sus representantes y de toda posibilidad e intento de considerar o tratar al niño, la niña o el adolescente, como menor tutelado por este.

b) La protección integral de los derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes a partir de la consideración de su superior interés. La protección integral constituye no sólo una serie de dispositivos jurídicos sino una forma distinta de pensar la infancia en el proceso socio cultural, elevándolo en su estatus jurídico y social. De esta nueva forma de pensar la infancia emerge la concepción del niño como sujeto poseedor de derechos y como destinatario de consideración especial. Estos derechos, son interdependientes y están relacionados con la sobrevivencia, el desarrollo, la participación, la promoción, y la protección de la niñez. Para que la protección integral sea efectiva es necesaria la satisfacción, la garantía plena de todos los derechos reconocidos a los niños, las niñas y adolescentes, como personas en condición peculiar de desarrollo. De esta manera, se les protege de cualquier intento o pretensión de jerarquización, discriminación, restricción, enajenación y/o eliminación de cualquiera de los derechos, por parte de legisladores, jueces, funcionarios, comunidad y familia al momento de tomar decisiones, asignar recursos y ejecutar políticas y programas de acción.

c) El reconocimiento de autonomía y participación del niño, niña y adolescente en el ejercicio de sus derechos fundamentales. La Convención sobre los Derechos del Niño promueve el reconocimiento de autonomía y participación del niño en el ejercicio de sus derechos fundamentales. Están relacionadas con el derecho del niño, la niña y

el/la adolescente a participar, a la libertad, a recibir y a buscar información, a ser escuchado y a emitir opinión en todos los asuntos y en todos los espacios que tienen influencia en la vida de los mismos. A que se le designe un representante, que hable en su nombre, no por él, porque nadie puede reemplazarlo, para lo cual y con miras a asegurarle protección especial, es necesario que se escuchado. Aun en los casos en que el niño es muy pequeño, está muy afectado por una situación o se encuentra acusado por haber cometido un acto ilegal. De esta manera, se les protege de la arbitrariedad en la toma de decisiones por parte de los adultos (familia, sociedad y Estado) y de la tendencia a avasallarlos, desconociendo su condición de sujetos plenos de derechos.

Ello delimita un enfoque equilibrado y realista de las responsabilidades del Estado, la sociedad y la familia, y protege del riesgo o la tendencia, por parte de jueces, legisladores y/o funcionarios, de atribuir a la familia toda la responsabilidad para procurar el bienestar del niño y orienta las acciones de los mismos procurando servicios de fortalecimiento de la familia, de la comunidad y acciones de restitución del o los derechos vulnerados, no interfiriendo, supliendo o quitándoles la potestad arbitraria e ilegalmente a los padres, tutores o guardadores.¹⁹⁶

Estas características, así como toda la gama de disposiciones legales nacionales e internacionales que versan sobre la protección del niño no hacen más que poner énfasis en que, si bien la noción de persona involucra por sí misma un ámbito de protección por parte de la sociedad y del Estado, sin embargo, de acuerdo a la etapa de desarrollo biológico, psicológico y social de la persona, la atención que se pondrá variará, en grado y forma. Así, en el

¹⁹⁶ *Ídem*, p. 50.

caso de niño, que es considerado sujeto de derecho desde su concepción su defensa y amparo deberá ser mayor.

En el ordenamiento jurídico peruano, además del catálogo de derechos que se reconocen sin discriminación alguna en el artículo 2° de la Constitución, el Código de los Niños y Adolescentes, en el artículo II de su Título Preliminar reconoce expresamente que *“El niño y el adolescente son sujetos de derechos, libertades y de protección específica. (...)”*, norma legal que traslada al ámbito interno la cláusula de protección establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, con lo que no quedan dudas de que, en el Perú, el niño también tiene la condición de titular de derechos y libertades, tal como las demás personas, en los términos y condiciones previamente explicados.

Considerando el conjunto de ideas expuesto, en el ámbito de la protección jurídica de la reproducción, la doctrina de la protección integral del niño tiene repercusiones sumamente importantes.

En primer lugar, siendo la reproducción un acto que concierne tanto a los que lo ejercen, como a los niños que nacerán como fruto de él, es importante tener en consideración los derechos e intereses de todos ellos conjuntamente y con la misma prioridad. Así, mientras para los futuros padres la procreación constituirá la materialización de sus anhelos de paternidad y manifestación de su libre elección para el desarrollo de su personalidad, por otro lado, al mismo tiempo, para los potenciales hijos, dicho acto representará la puerta de ingreso a la vida, a la cual debe ingresar en un ambiente que respete sus derechos y satisfaga sus expectativas mínimas de calidad de vida, de acuerdo a su condición de persona humana.

En ese sentido, en un sistema jurídico que toma en cuenta la doctrina de la protección integral y que eleva al niño a la condición de sujeto y titular de derechos, no es concebible interpretar el ejercicio de algunas libertades que

tomen al niño como un mero objeto para la satisfacción de intereses personales. En el ámbito de la libertad reproductiva, esto apunta a que no podemos simplemente poner atención a la autonomía e interés de los que emprenden la reproducción y rebajar el estatus del niño al de un simple instrumento u objeto de este acto, bajo la excusa de que éste es un medio para el libre desarrollo de la personalidad de los progenitores y que debe ser respetado por la sociedad y el Estado.

La titularidad de derechos del niño simboliza la prohibición de que éste sea utilizado como medio u objeto para que otras personas satisfagan sus intereses personales. Admitir y defender tal inferencia como cierta significaría rebajar o desconocer la condición de sujeto de derecho que la ley le atribuye al niño.

Incluso Kant, quien defendió abiertamente la importancia de la autonomía de la voluntad de las personas, hace una referencia explícita al derecho de los padres y la condición de ciudadanos de los hijos, señalando que:

“Así como del deber del hombre hacia sí mismo, es decir, hacia la humanidad en su propia persona surgió un derecho (*ius personale*) de los dos sexos de adquirirse recíprocamente como personas de modo real por medio del matrimonio, de la procreación en esta comunidad resulta el deber de conservar y cuidar su fruto; es decir, los hijos, como personas, tienen con ello a la vez un derecho originario e innato (no heredado) a ser cuidados por los padres hasta que sean capaces de mantenerse por sí mismos; o sea, inmediatamente por la ley, es decir, sin que se precise para ello un acto jurídico especial.

En efecto, puesto que lo engendrado es una persona, y es imposible concebir la producción de un ser dotado de libertad mediante una operación física, es una idea totalmente correcta e incluso necesaria, desde la perspectiva práctica, considerar el acto de la procreación

como aquel por el que hemos puesto a una persona en el mundo, sin su consentimiento, y la hemos traído a él arbitrariamente; hecho por el cual pesa también sobre los padres, en la medida de sus fuerzas, la obligación de conseguir que esté satisfecho con su situación. No pueden destruir a su hijo como un artefacto suyo (ya que un ser semejante no puede estar dotado de libertad), o como a una propiedad suya, ni tampoco abandonarlo a su suerte, porque con él no trajeron sólo un ser al mundo, sino también un ciudadano del mundo a una situación que no puede serles tampoco indiferente atendiendo a conceptos jurídicos”.¹⁹⁷

Los argumentos de Kant son lo suficientemente claros para entender la idea sustancial de que el hijo es una persona y que, como tal, posee derechos inherentes a él, dentro de los cuáles se encuentra la de que sus progenitores satisfagan integralmente, al menos en la medida de lo posible, sus necesidades esenciales hasta cuando éste pueda valerse por sí mismo. Incluso antes de nacer, su potencialidad de convertirse en un ser humano hace que se deban tener en cuenta sus derechos esenciales para que cuando éste nazca, ellos sean cumplidos a cabalidad.

Por tal razón, cuando los individuos o parejas tengan en mente emprender su reproducción es imprescindible (en concordancia con lo citado), el reconocimiento de que los niños y niñas, en su posición de personas humanas y, por ende, de sujetos de derecho tal como cualquier otra persona, también tienen derecho a que se respete su dignidad, su libertad y, sobre todo, su condición de vulnerabilidad que requiere de la necesaria protección por parte de sus padres.

Negar esto y permitir que los seres humanos hagan lo que quieran con su reproducción, incluso con la mayor desidia e indiferencia de tales

¹⁹⁷ KANT, Immanuel. “La Metafísica de las Costumbres”. Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 4ta. Edición. Tecnos. Madrid, 2005, pp. 101-103.

obligaciones, bajo la idea de que son ellos los que deciden sin importar las consecuencias en la persona del futuro hijo, representa una afrenta al principio de protección integral de los menores, por cuanto se están desconociendo las garantías de protección establecidas en los Pactos y Tratados Internacionales, así como el texto constitucional que señala que el niño merece una protección y una atención especial.

La incompatibilidad entre ambos regímenes de protección es evidente, y lo más contradictorio de aquello es que las normas dejan de lado un aspecto sustancial del sistema de protección del menor, como es la prevalencia o superioridad del interés del menor, figura que analizaremos a continuación.

2.3. El Interés Superior del Niño

El Interés Superior de los niños y niñas se encuentra establecido de manera expresa en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que expresamente dispone:

“Artículo 3:

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

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

3. Los Estados Partes se asegurarán de que las instituciones, servicios y establecimientos encargados del cuidado o la protección de los niños cumplan las normas establecidas por las autoridades competentes,

especialmente en materia de seguridad, sanidad, número y competencia de su personal, así como en relación con la existencia de una supervisión adecuada.”

Partiendo de esta disposición, el principio del interés superior del niño puede ser definido como la potenciación de los derechos a la integridad física y psíquica de cada uno de los niños y niñas, persiguiendo la evolución y desarrollo de su personalidad en un ambiente sano y agradable, que apremie como fin primordial el bienestar general del niño o niña. En otras palabras, hace referencia al bienestar de los niños y niñas, prevaleciendo sobre cualquier otra circunstancia paralela por la cual se tenga que decidir. Dicha decisión se debe considerar según lo que más le convenga al niño o niña en el caso concreto, a través de determinaciones que así lo indiquen, además de considerar los deseos y sentimientos del niño o niña -de acuerdo con su edad y madurez- y de las necesidades físicas, emocionales y educativas de los niños, niñas o adolescentes.

Para poder decidir lo que más le convenga a los niños y niñas, se hace necesario tratar de establecer los probables efectos que puedan surgir derivados de la decisión a tomar. Estos probables efectos se hacen referencia en cuanto al cambio o mantenimiento en su entorno, por lo que se tiene que establecer el conjunto de circunstancias personales, físicas, morales, familiares, de amor, confianza y educativas de las que el niño, la niña o adolescente se va a rodear.¹⁹⁸

En función a tales características el Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas ha establecido una definición que concentra la esencia y la finalidad del principio del interés superior del niño, habiendo definido un concepto triple del mismo, a saber:

¹⁹⁸ LÓPEZ-CONTRERAS, Rony. “Interés Superior de los niños y niñas. Definición y contenido”. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud N° 13, 2015, p. 55. Disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rllcs/v13n1/v13n1a02.pdf> (Consultado 26/12/2016).

“a) Un derecho sustantivo: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general.

b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño.

c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados.”¹⁹⁹

En esa línea, la correcta aplicación de este principio permitirá que las normas que amparan al menor, no queden únicamente en la letra de los textos jurídicos, sino que se aplique en la realidad, especialmente a nivel estatal ya sea en los asuntos de gobierno que tengan que ver con la situación del niño, como en los procesos judiciales donde se discuta sus derechos.

En base al principio que acabamos de estudiar, el Estado se encuentra en la obligación de mantener un balance en el reconocimiento de los derechos de otras personas, cuando éstos se encuentren relacionados o sean incompatibles con los intereses del niño. De esta manera se hace efectiva la protección integral del niño de la que tanto se habla en la Convención sobre los Derechos del Niño, la Constitución y las demás normas ordinarias.

¹⁹⁹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS. “Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). Publicada el 29 de mayo de 2013, p. 4. Encontrado en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf (Consultado 03/12/2016).

En el ámbito de la libertad reproductiva, este principio también tiene una participación protagónica, impidiendo que la autonomía de los ciudadanos para decidir sobre las cuestiones reproductivas, atropelle o ignore los intereses en juego del potencial hijo. Como ya lo habíamos indicado previamente, las normas nacionales e internacionales, al momento que establecen que la aludida libertad debe ser ejercida de manera responsable reconocen la existencia de un interés particular independiente al de los progenitores, el mismo que coexiste con ellos al mismo momento en que se decide sobre la procreación.

Este interés pertenece obviamente al niño que se habrá de procrear y que vendrá a este mundo como hijo de los individuos que practican la procreación. Al ser ello así, e implica su derecho a nacer y vivir en un ambiente familiar digno, en el que los padres satisfagan, en la medida de lo posible, todas sus necesidades esenciales y le garanticen una vida digna. Si las normas mencionadas considerarían que no hay más intereses que los de los padres, no hubieran señalado las cláusulas de responsabilidad, ni mucho menos mencionado los deberes para con los hijos presentes y futuros.

Desde esa perspectiva, se entiende que es necesario un equilibrio en el ejercicio de la autonomía de los potenciales progenitores, en estricto equilibrio con los derechos de sobrevivencia y desarrollo del menor que va a nacer. Incluso podría decirse que al reconocer una especie de “superioridad” o “prevalencia” de interés del menor, el Estado podría desplazar de cierta manera los derechos de los progenitores con la finalidad de garantizar el bienestar del menor.

Muestra de ello son algunas medidas restrictivas de derechos a través de las cuales el Estado ha ponderado los intereses del niño, cuando ha advertido que el derecho de un tercero contradice o pone el peligro la situación de aquél. Por ejemplo, tenemos el caso de la privación de la libertad por omisión a la asistencia familiar, escenario en el cual se ha previsto la restricción del

derecho fundamental a la libertad y el principio constitucional de que no hay prisión por deudas, en consideración del interés del menor. Otro caso es el del proceso de declaración judicial de paternidad extramatrimonial, en el cual, a fin de hacer prevalecer el derecho del niño a la identidad se han restringido algunos derechos procesales del presunto progenitor.

Así como los casos citados, mediante la aplicación de este principio, no existe razón para dejar de imponer también alguna restricción en los comportamientos reproductivos de algunos individuos o parejas irresponsables que solamente causan daño a los niños y los tratan como meros objetos. En estas circunstancias, el interés superior del niño obliga en primer lugar a garantizar un régimen legal que respete esta protección especial al menor, evitando que otras personas, en el ejercicio de su autonomía, causen perjuicios a la situación de los hijos. En segundo lugar, se obliga al Estado a ser más enérgico y firme cuando se trata de garantizar una saludable y digna venida al mundo del niño. Para ello, las instituciones estatales no pueden dudar o dejar vacíos que permitan la impunidad de actos irresponsables reprochables. Por el contrario, en aplicación de este principio, deben hacer prevalecer el interés privilegiado del menor, de manera que los que pretendan ser padres comprendan que el ejercicio de su libertad viene adherido con la obligación-deber de no ser inconscientes ni imprudentes y de ser consecuentes con ello y responder por sus obligaciones una vez que el niño haya nacido, caso contrario, serán sancionados y verán restringido el ejercicio de esta libertad.

Sólo así, podrá existir un ejercicio correcto de la libertad reproductiva humana, acorde con el principio del interés superior del niño.

A modo de síntesis

En este capítulo hemos sometido a un análisis más profundo los resultados obtenidos en el acápite anterior, referidos principalmente al cumplimiento del

mandato constitucional de promoción de la paternidad responsable, habiendo llegado a la conclusión de que a través de ellas se protege indirectamente un comportamiento opuesto al que se pretende fomentar, como es la paternidad irresponsable. Esta conducta, que es contradictoria con el objetivo constitucional antes señalado, queda legitimada en el ordenamiento jurídico peruano cuando las normas que tratan sobre la libertad reproductiva, son excesivamente flexibles cuando de fomentar la responsabilidad se trata, dejando un amplio vacío que da como resultado la inexistencia de restricciones al ejercicio de dicha libertad, incluso cuando se hace visible el incumplimiento de las obligaciones paternas derivadas de la procreación.

Por otro lado, hemos visto que es plenamente aplicable en este caso la figura del abuso del derecho, que consiste en el rechazo que efectúa el ordenamiento constitucional de aquellas conductas que, bajo la apariencia de un legítimo ejercicio de un derecho, causan daño a los derechos e intereses de otras personas. Aquí verificamos que la paternidad irresponsable es la manifestación más clara del abuso en la libertad de procreación, dado que se realiza bajo la apariencia de ésta, pero, al no existir una cláusula de obligatoriedad de comportarse responsablemente, la autonomía privada de los ciudadanos no encuentra límites a su ejercicio, estando legitimados para hacer lo que les venga en gana en su reproducción, incluso si ello involucra el incumplimiento de sus deberes paternos.

Finalmente, se ha efectuado un repaso de las implicancias normativas de lo manifestado en el régimen legal y constitucional de protección del interés del niño, a través de sus dos principales manifestaciones: la doctrina de la protección integral y el principio del interés superior del niño, ambos con una importancia reconocida a nivel nacional e internacional, pero que, curiosamente, han sido pasados por alto cuando se ha establecido la protección de la libertad reproductiva, lo cual se explica cuando en el ordenamiento jurídico se admite que pesa más el derecho a reproducirse

libremente y sin injerencias que el interés del niño en nacer y criarse en un ambiente que le permita desarrollarse plenamente. De ello se ha inferido que el tratamiento actual de la autonomía reproductiva es incompatible que el régimen de protección especial del niño, dado que aquél, indirectamente, rebaja la condición del niño de sujeto de derecho a la de un simple objeto, que puede ser traído al mundo en las condiciones que sus padres deseen, sin importar los deberes y responsabilidades inherentes a este acto.

La libertad sin límites, la legitimización de la irresponsabilidad, el abuso reproductivo y su incompatibilidad con el régimen de protección del niño, nos llevan a concluir en este capítulo que es imprescindible una reforma en nuestro sistema legal. Los casos antes citados de abandono infantil, trabajo infantil informal, pobreza extrema, vida en condiciones no dignas, entre otros, nos permiten entender que existen escenarios reales en los que se hace visible que muchos individuos y parejas no pueden (y en algunos otros, no quieren) ser responsables con sus decisiones reproductivas, causando con ello un enorme daño a los intereses de los niños, pese a que éstos, al menos en la teoría, se encuentran protegidos por la sociedad y el Estado.

CONCLUSIONES FINALES

1. La realización de este trabajo nos ha permitido identificar y comprender desde un enfoque teórico y normativo, cómo es y de qué manera funciona el régimen de protección nacional e internacional de la reproducción humana. Comenzando por las Conferencias y Acuerdos internacionales, hemos podido vislumbrar la importancia que se le ha reconocido a la práctica reproductiva, así como la protección jurídica que ha surgido para dotar de un marco legal que ampare esta importante facultad humana. Así, hemos recorrido el conjunto de potestades conocidas como “derechos reproductivos”, que protegen una serie de comportamientos relacionados con la procreación. Asimismo, dentro de este concepto, hemos encontrado la división de su contenido en: a) “salud reproductiva”, concepto del cual se deriva una serie de obligaciones sanitarias que debe brindar el Estado a favor de sus ciudadanos a fin de que éstos puedan ejercer su reproducción de manera saludable; y b) “libertad en materia reproductiva”, que consiste, conforme a la redacción literal de las declaraciones internacionales, en el derecho básico de los individuos y las parejas de decidir libre y responsablemente respecto al número y espaciamiento de sus hijos. Sobre este último concepto, que ha constituido el objeto central de estudio del trabajo, se ha encontrado que tiene su fundamento en los principios de autonomía, libre desarrollo de la personalidad y en el principio-valor de dignidad humana, en la medida que impiden de manera legítima la intromisión de terceros y del Estado en la toma de decisiones relativas a la reproducción.
2. Asimismo, se ha puesto atención a la función que desempeña la libertad reproductiva como parte integrante del conjunto de derechos fundamentales reconocidos por las normas internacionales. Para esto se ha recurrido a la teoría de los límites de los derechos, la misma que explica que todos éstos tienen una finalidad social, en cuya virtud, su protección

se efectúa de manera colectiva y no únicamente individual. Siendo ello así, en la medida que los derechos son de todos y no de una sola persona, estas facultades se encuentran limitadas en su ejercicio precisamente por los derechos que amparan a otras personas. A partir de ello, hemos alcanzado resolver el primer objetivo buscado mediante este trabajo de investigación, referido a que la regla general que sostiene que no existen derechos irrestrictos o ilimitados también puede aplicarse a la libertad de procrear. En este caso, ese límite intrínseco se encuentra sostenido por el concepto de **responsabilidad**, establecido expresamente en todos los textos que reconocen la libertad de procrear. Con estas inferencias se dedujo que la función que cumple el factor “responsabilidad” dentro del ámbito de protección de la libertad de procrear, de acuerdo a la investigación y a la opinión de numerosos investigadores, no es puramente ornamental, sino que trabaja como elemento modificador y regulador del acto de decisión libre sobre la reproducción. Dicho en otros términos, desde una interpretación literal de las normas sometidas a análisis, el verbo “decidir” es modificado por el adverbio “responsablemente”, lo que significa que las parejas e individuos al tomar la decisión de procrear, “deben” tomar en cuenta las necesidades de sus hijos vivos y futuros y sus responsabilidades hacia la comunidad, lo cual nos lleva a la conclusión de que la prerrogativa de libertad, desde el punto de vista normativo, no es absoluta ni tampoco concede libertad al individuo o la pareja para hacer lo que le venga en gana sobre su capacidad reproductiva.

3. La tercera conclusión a la que se arribó se encuentra referida a la idea de deber que surge del concepto de responsabilidad. Cuando se analizaron minuciosamente los textos normativos que protegen la reproducción humana, en todos ellos se advirtió la inclusión expresa de proposiciones normativas que desarrollaban lo que representa el término “responsabilidad”, tales como: *“en el ejercicio de este derecho, las parejas*

e individuos deben tener en cuenta las necesidades de sus hijos nacidos y futuros y sus obligaciones con la comunidad” o “la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de este derecho toma en cuenta las necesidades de hijos vivos y futuros y su responsabilidad hacia la comunidad”. Estos enunciados nos brindan una herramienta fundamental para el trabajo de interpretación de la cláusula “responsabilidad”, pudiéndose desprender de ellos que este elemento tiene su fundamento en los derechos de terceros individuos, independientemente de los potenciales progenitores, quienes, sin intervenir directamente en el acto reproductivo, tienen un interés en él, como son la sociedad (comunidad), y especialmente, el niño que nacerá como consecuencia de la reproducción. Desde ese punto de vista, ha sido posible deducir que el acto reproductivo es una actividad de repercusiones interpersonales, razón por la cual no es correcto tomar en cuenta únicamente los intereses y deseos de la pareja o individuo que desea practicarlo, sino también de todos lo que se verán influenciado por aquél. Dicho ello, luego nos ocupamos de analizar los fundamentos normativos de la mención a *“las necesidades de hijos vivos y futuros”*, para cuyo efecto se recurrió al análisis de las disposiciones normativas internacionales que protegen al niño, como son la Declaración de Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos del Niño, los cuales nos han llevado a develar la relación existente entre la práctica reproductiva y el derecho de los hijos a que sus padres satisfagan sus necesidades básicas. Esto significa que el ámbito de protección internacional de los niños mantiene una íntima vinculación con la obligación del Estado de fomentar el cumplimiento de las obligaciones paternales, tarea en la cual, las normas citadas ponen como protagonistas, en primer lugar, a los progenitores, y, luego, al Estado mismo, quien deberá garantizar tanto una labor de soporte ante casos de vulnerabilidad de los menores, así como una función de prevención, para evitar casos en los que los niños nazcan sin posibilidades de tener una vida digna. Estos

resultados nos permitieron reforzar la premisa básica sustentada anteriormente de que la responsabilidad en la procreación no es un simple complemento de la libertad, sino un factor esencial que actúa conjuntamente con ella, dado que a través de él se garantiza un ejercicio correcto de la autonomía reproductiva en armonía con los valores y principios del orden social, evitando incurrir en abusos, tal como se explicará más adelante.

4. En el capítulo tercero de este estudio nos propusimos a resolver el segundo problema planteado, para lo cual procedimos a revisar el marco jurídico peruano relativo a la protección de la reproducción humana. En principio, se observó el proceso de asimilación de los textos internacionales antes citados dentro del ordenamiento jurídico de nuestro país, especialmente la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), así como el Plan y Plataforma de Acción de El Cairo y Beijing. Luego de ello, se exploró el ordenamiento constitucional y legal, donde encontramos que la protección de la libertad reproductiva tenía sustento constitucional expreso recién desde la Constitución Política de 1993, donde se reconocía el derecho de las personas y parejas a decidir. A nivel legal, tal reconocimiento es incluso anterior al aludido texto constitucional, dado que desde el año 1985 contamos con una norma que habla expresamente sobre la libertad de decisión sobre las capacidades reproductivas, ésta es, la Ley de Política Nacional de Población, aprobada por Decreto Legislativo N° 346. A partir del análisis de ese marco normativo, hemos arribado a la conclusión de que el sistema legal peruano ha establecido un régimen de protección de la libertad reproductiva de manera similar a la que hacen las normas internacionales. La atención sobre los conceptos “libertad” y “responsabilidad” es evidente, al menos en términos generales, y la mención a los deberes y obligaciones paternales, como cláusula inherente

a este derecho también es reconocido, tanto a nivel legal como nivel constitucional, donde se señala, en el mismo artículo que reconoce el derecho de decidir, que “(...) [e]s deber y derecho de los padres alimentar, educar y dar seguridad a sus hijos. (...)”. Se deduce por la técnica legislativa empleada que el constituyente quiso que la noción de reproducción sea interpretada en una íntima vinculación con el concepto de deber.

Ahora bien, al ingresar al sistema legal que hacen operativas las citadas disposiciones normativas, encontramos que los mecanismos empleados tienen una amplia preferencia por el amparo de la autonomía de las personas, dejando el concepto responsabilidad en un segundo plano. Esta situación se hace evidente cuando las normas preconizan la importancia de la libertad de las personas sobre cualquier tipo de intervención proveniente de terceros; asimismo, la promoción o fomento de la paternidad responsable tiene como objetivo únicamente educar y/o instruir sobre la importancia de la planificación familiar y sobre el uso de los métodos anticonceptivos, pero, en última instancia, todo sigue quedando a voluntad de las personas. Si bien esta situación no es de por sí mala, ya que en virtud del principio de dignidad humana es deber del Estado respetar la voluntad y la autonomía de los ciudadanos de acuerdo a las máximas dictadas por su personalidad, sin embargo, como ya lo dijimos en las líneas previas, este ámbito de protección no puede ser absoluto, sino que debe coexistir con el conjunto de libertades, derechos y prerrogativas, reconocidos a otros seres humanos, los mismos que constituyen los límites para el ejercicio de los derechos de los demás, incluida la autonomía de éstos. Sobre ese derrotero, llama enormemente la atención el hecho de que el legislador peruano, pese a contar con la cláusula de “responsabilidad”, que atribuye deberes al derecho/libertad de procrear, al final, reconozca ésta sin límites ni restricciones. Para entender

más claramente este punto se hizo necesario recurrir a uno de los principios constitucionales como es el de la “libertad personal y de legalidad”, reconocido en el artículo 2°, numeral 24, incisos a) y b) de la Constitución Política de 1993, donde se indica que: “*a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.*” y “*b. No se permite forma alguna de restricción de la libertad personal, salvo en los casos previstos por la ley...*”. En tal virtud, bajo el entendido que no es obligación de los ciudadanos ser responsables, ni tampoco se encuentra prohibido ser irresponsable, los ciudadanos quedan en total libertad para hacer lo que les venga en gana al momento de decidir sobre su reproducción.

A merced de lo mencionado, tras analizar el ordenamiento jurídico peruano, llegamos a la conclusión de que éste es sumamente permisivo en cuanto a las decisiones que se toman respecto a la reproducción, y aun cuando ello no sea cuestionable *per se*, sí lo es que no se garantice una defensa igualmente rigurosa de la práctica reproductiva responsable tal como sí se hace respecto de los conceptos autonomía y libertad.

5. El escenario explicado en el apartado anterior nos llegó una serie de inferencias de las cuales nos encargamos en el capítulo final, donde se apuntó a responder el último problema planteado en este estudio, es decir, si el tratamiento peruano de la libertad reproductiva es coherente con el régimen de protección del niño. Para ello, siguiendo la línea de argumento del capítulo anterior, en primer lugar, discutimos que el establecimiento de un ámbito de protección amplio e ilimitado de la libertad de procrear repercute directamente en la forma en que se alcanzan los objetivos planteados. Si observamos el marco constitucional peruano de la reproducción humana, encontraremos que el artículo 6° de la Constitución Política de 1993 establece como objetivo la promoción de la paternidad responsable, comportamiento que, se presume, es el ideal que se desea

alcanzar, tal como también lo manifiesta expresamente el Título Preliminar de la Ley de Política Nacional de Población. En adición a ello, de una interpretación más minuciosa de este postulado, se deja entrever un rechazo implícito a la conducta que es su opuesta, es decir, la paternidad irresponsable, la misma que consiste en el ejercicio de la práctica reproductiva, pero sin seguir los lineamientos de responsabilidad, obligaciones y deber que las normas tanto se han encargado de resaltar. En ese orden de ideas, en el caso peruano, el diagnóstico que efectuamos arriba, llega a un escenario contradictorio, dado que pese a apuntar a un comportamiento determinado, se concede a los ciudadanos una libertad tan amplia que permite, incluso, realizar legítimamente una actuación que no se desea, es decir, la paternidad irresponsable. Ello es así porque cuando se prevé una autonomía sin límites ni restricciones, es totalmente aceptable que las personas, en ejercicio de esa autonomía, valga la redundancia, decidan lo que más se les antoje, incluso ser irresponsable, ya que, en mérito al principio de libertad personal, si nadie prohíbe esta conducta, se presume que está permitida y, por ende, protegida ante posibles intervenciones o injerencias de cualquier persona e, incluso, del mismo Estado.

En resumen, la ley peruana protege indirecta e implícitamente el ejercicio irresponsable de la reproducción, legitimándola como comportamiento perfectamente aceptable y elegible dentro del conjunto de opciones que, en mérito a la autonomía de la voluntad, la persona puede escoger. Si ello no fuese así, existiría una prohibición o proscripción expresa de esta conducta o, al menos, una disposición que imponga expresamente el deber a los ciudadanos de ejercer tal facultad con una dosis de responsabilidad, en cuyo incumplimiento se aplicarían restricciones o medidas similares.

6. Otro punto que nos permite resolver el último problema esbozado es el relacionado a la aplicación de la figura del abuso del derecho en el ejercicio de la libertad reproductiva. Esta institución, que se encuentra reconocida en nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 103° de la Constitución Política vigente posee grandes implicancias en la forma en que deben entenderse y ejercerse los derechos. Esencialmente, sostiene la adopción de una posición restrictiva y de rechazo respecto al ejercicio excesivo o egoísta que se pudiera realizar de los derechos, pero con apariencia de que son legítimos. En el campo de la reproducción, la paternidad irresponsable es un evidente ejemplo de abuso en el ejercicio del derecho/libertad de procrear, dado que su realización se sustenta en las normas que protegen la autonomía de la voluntad de los ciudadanos y parejas, las mismas que, por cierto, no la prohíben ni sancionan, empero, el resultado es materialmente distinto a lo que se busca alcanzar mediante los planes y programas emprendidos por el Estado. Y no solo eso. El ser irresponsable es un comportamiento que deja de lado los deberes y obligaciones derivados del acto reproductivo, razón por la cual daña o expone a un enorme riesgo a los hijos engendrados como resultado de aquél. Tenemos así una conducta que causa daño, contradice el ordenamiento constitucional y legal, empero, aun así, recibe la protección del Estado porque nada ni nadie, según las leyes, puede intervenir en las decisiones reproductivas de las personas, así éstas sean irresponsables. Esta situación, como es de imaginar, supone el desmoronamiento de una parte del sistema de protección de los intereses del niño, dado que contradice directamente el derecho de éste a nacer en un ambiente sano, donde sus padres satisfagan sus necesidades esenciales. Se quiebra así el equilibrio normativo en desmedro del régimen de protección legal del niño que es sustentado por la doctrina de la protección integral del niño, así como el principio de interés del mismo, corrientes que, irónicamente, postulan que el niño debe ser tratado como un sujeto de derecho, cuyo

interés, incluso, debe prevalecer ante cualquier acción que emprenda la sociedad o el Estado. Por el contrario, lo que se ha ocasionado es que se trate al hijo como un objeto, a quien el padre puede procrear cuantas veces y de la forma que mayor le parezca y cuyos intereses no importan cuando de reproducirse se trata. Es por ello que en muchas ocasiones vemos a sujetos y parejas que, ya sea por desconocimiento o libertinaje, son irresponsables y, además, siguen teniendo tantos hijos como les sea posible, sin que el Estado ni nadie puedan siquiera reprocharles algo, dado que se encontrarían ejerciendo legítimamente su derecho, ocasionando con ello un perjuicio y un peligro latente para la sociedad y el Estado.

En atención a lo señalado, de acuerdo al estudio normativo de la Constitución peruana y las normas legales relevantes, se ha podido comprobar la hipótesis general de que el actual régimen de protección de la libertad reproductiva en el Perú, se contradice y es incompatible con las normas de nuestro ordenamiento (legales, constitucionales y supranacionales), que protegen la situación de menor. En la medida que las normas peruanas solamente plantean una libertad sin obligaciones expresas y plenamente vinculantes, y que la promoción de la paternidad responsable solo implique trabajos de orientación y de suministro de métodos de anticoncepción, dejando todo a voluntad de los usuarios, se permite que éstos ejerzan esta libertad como les dé la gana. Ello significa que existe un vacío en la norma legal que da lugar a posibles casos en los que se trate al niño como un simple objeto que surge como consecuencia de la procreación, instrumentalizándolo para los fines personales de los progenitores, lo cual se encuentra prohibido en las normas nacionales e internacionales, que, más bien, reconocen que el interés del niño debe prevalecer ante los demás.

SUGERENCIAS

A partir de las conclusiones brindadas, las sugerencias que planteamos para atender el problema que acabamos de estudiar son las siguientes:

1. En principio, consideramos que el problema de la paternidad irresponsable tiene entre sus principales fuentes de origen la poca importancia que se presta al tema de la procreación desde hace muchísimo tiempo. Para empezar, la norma que regula y protege las decisiones reproductivas, el Decreto Legislativo N° 346, es un dispositivo legal que data del año 1985, es decir, fue emitida hace más de treinta años, previo incluso a la dación de la Constitución vigente y a los significativos cambios, económicos, sociales, políticos, etc., por los cuales ha atravesado nuestro país y que han cambiado la forma que se tiene de ver los temas relacionados a la sexualidad y la reproducción. En tal virtud, ese olvido debe ser superado poniendo en la mesa de debate la importancia de la procreación irresponsable, especialmente en esta época, en la que la liberalización sexual es un asunto frecuente y cotidiano y la paternidad irresponsable es casi una situación normal en algunos sectores de la sociedad.
2. Considerando que una de las conclusiones refiere que nuestro país posee un régimen absoluto de protección de la libertad reproductiva que tiene el factor responsabilidad sólo como una sugerencia para las personas y parejas, es menester iniciar un procedimiento de reforma del Decreto Legislativo N° 346 que modifique tal circunstancia y señale expresamente que la responsabilidad en la decisión de procrear no es solamente una facultad o una opción que se pueda elegir voluntariamente, sino una obligación de todos los que deseen ser padres, ya que debajo de ella radica la protección especial que merece el niño y su derecho de nacer en una familia que satisfaga, en la medida de lo posible, sus necesidades básicas y desarrolle sus potencialidades para ser un hombre de bien.

Como sabemos, el conjunto de libertades reconocidos en la Constitución se guía por el principio de libertad personal, razón por la cual, una reforma o la emisión de una nueva norma es más que necesaria para dejar de considerar la mencionada libertad como absoluta o irrestricta.

3. Luego de contar con un marco legal que establezca lo antes señalado, lo ideal sería dotar de mayor eficacia al objetivo de promoción de la paternidad responsable, reconociendo que el mandato constitucional de promoción de la paternidad responsable no solamente significa brindar educación y atención en planificación familiar para que las personas lo efectúen de determinada manera, sino que también facultad al Estado para intervenir en determinados casos en los que el abuso de esta facultad sea más que evidente. Para ello es fundamental que se establezca y defina a la paternidad irresponsable como una conducta nociva y deplorable que solamente causa daño y contradice los valores sociales, para que así, su comisión sea pasible de ser rechazada y sancionada, de ser el caso, previniendo que los ciudadanos sigan siendo irresponsables y queden impunes ante tanto daño causado a sus hijos y a la sociedad.
4. En concordancia con lo señalado, se sugiere el establecimiento de un procedimiento de restricción de la libertad reproductiva en aquellos casos que se haya comprobado y verificado de manera cierta y objetiva un abuso en el ejercicio de la facultad reproductiva, es decir, la vulneración de los derechos de los hijos como consecuencia del incumplimiento de deberes paternales (paternidad irresponsable). Para el funcionamiento de este procedimiento (idea que se sustenta en los ejemplos de la jurisprudencia norteamericana), se debería atribuir a los tribunales, mediante ley expresa, competencia para imponer restricciones en la libertad de procrear, consistentes en órdenes de no-procreación temporal hasta que esas personas se encuentren aptas para procrear nuevamente, es decir, cambien sus hábitos irresponsables y demuestren ser progenitores que

cumplen sus deberes para con sus hijos. Dicha orden estaría condicionada al cumplimiento, por la persona o la pareja (o ambas), de un régimen de terapias destinadas a instruir sobre las implicancias de los actos derivados de la procreación irresponsable, luego de lo cual, de acuerdo a los resultados emitidos, se restituya o no el ejercicio de la citada facultad. Para coadyuvar con el cumplimiento de la mencionada restricción, el Estado se encontraría en la obligación de otorgar, como lo hace actualmente, métodos de anticoncepción temporal o, en caso que la persona voluntariamente lo decida, el procedimiento de esterilización, de acuerdo a los procedimientos sanitarios ya establecidos actualmente para tal efecto.

Esta medida que es una propuesta destinada a restringir la libertad se sustenta precisamente en la necesidad de dar valor a las cláusulas constitucionales y legales que hablan del deber y la obligación de ser responsables y cumplir con las necesidades de los hijos. Si estos compromisos no son cumplidos, causando con ello un daño por omisión a los hijos procreado, lo ideal sería que le apliquen sanciones claras y severas, las mismas que incluyan, además de las medidas de protección correspondientes para salvaguardar los derechos del niño afectado, la prohibición de seguir procreando más hijos, al haberse demostrado la incapacidad para cumplir con los roles paternos.

5. En adición a las medidas antes señaladas que pretenden solucionar el tema frontalmente, consideramos oportuno incluir otras acciones que indirectamente pueden también dar resultados satisfactorios para la búsqueda de una paternidad responsable. Por ejemplo, dependiendo de la forma en que se ejerza la irresponsabilidad, ya sea, por desconocimiento (en los casos en que los padres carezcan de instrucción y educación básica respecto a sexualidad y reproducción) o por libertinaje (cuando los ciudadanos, pese a tener una situación educativa aceptable sobre dichos

temas y conociendo las obligaciones derivadas de la reproducción, no las cumplen por simple capricho, desidia, machismo, etc.), se podrían emprender acciones diferenciadas. Para el primer caso, se propone la mejora de la educación en salud sexual y reproducción, que sea llevada a los lugares donde residen estos ciudadanos. Esto permitirá a mediano y largo plazo tener ciudadanos más conscientes con su rol en la sociedad y, por tanto, responsables en el ejercicio de su reproducción. Hoy en día existen variadas investigaciones que concluyen que aquellas personas que alcanzan mayor grado educativo y social, tienden automáticamente a reducir su tasa de fecundidad, y de cerrar el círculo vicioso de la paternidad irresponsable, que se encuentra ligado, más bien, a las parejas cuyo nivel educativo es inferior a las de aquéllos. De otra parte, en cuanto a los casos de irresponsabilidad por libertinaje, las medidas de restricción son una buena opción, aunque siempre acompañadas de programas de sensibilización sobre la paternidad responsable de una manera más activa, acudiendo a centro educativos, recreativos y sociales de regular concurrencia juvenil, trayendo el conocimiento hacia ellos y no esperar a que ellos busquen ayuda cuando la procreación no planificada ya ha sucedido.

6. Por otro lado, opinamos que el Estado debería poner más atención al contenido que los medios de comunicación brindan al público en general, especialmente a la juventud. Actualmente podemos percatarnos que diversos medios de comunicación brindan un contenido excesivamente orientado al ejercicio de la libertad sexual, sin necesariamente ahondar en el contenido de responsabilidad que delimita tal facultad. Esto ha generado que las relaciones de pareja difícilmente se orienten a la búsqueda de una relación formal dentro de la cual se pueda planificar la procreación de un niño. Siendo ello así, una mayor atención a tales contenidos orientando la atención de los jóvenes hacia otro tipo de programas o, al menos,

promoviendo la existencia de otras opciones educativas y culturales sería una perfecta manera de desviar la intensa atención a la sexualidad hacia otros temas que estimulen la responsabilidad.

7. Consideramos también que algunos de los programas sociales de apoyo a los más pobres que se encuentran destinados a brindar ayuda económica a los más pobres, en la práctica han generado un efecto estimulador de la procreación irresponsable, dado que condicionan el apoyo otorgado a la existencia de niños en el hogar. Si bien el objetivo de este programa no es malo, lo incorrecto surge cuando con la finalidad de seguir recibiendo el apoyo del Estado, algunas familias deciden seguir procreando una y otra vez, como si los niños fueran juguetes u objetos para la recaudación de dinero. Por tanto, opinamos que estos programas, así como otros que operan de manera similar, deberían modificar sus condiciones de funcionamiento, de modo que fomenten una cultura de responsabilidad en la procreación que permita a las familias, de manera paralela, salir del círculo de pobreza.
8. Es esencial para una sociedad que quiere progresar y superar la irresponsabilidad en sus ciudadanos, fortalecer los roles de sus actores más vulnerables, especialmente, la mujer. Numerosos trabajos que tratan sobre el desarrollo social resaltan la posición de la mujer como personaje capaz y de iguales potencialidades de desarrollo que el hombre, pero que por situaciones de discriminación no puede llegar a desenvolverse como quisiera, llegando a ser subestimada en sus capacidades, quedándose muchas veces ejerciendo el papel de reproductora. Brindar mayores posibilidades de acceder a educación superior y a puestos de trabajo, permitirá reforzar la posición socio económica de las mujeres a fin de que sean menos dependientes de sus parejas y, así, tengan mayores herramientas para rechazar la violencia sexual que tanto se ve. Indirectamente, ello generará una mejor posición para evaluar las

consecuencias de traer o no un hijo al mundo, y le permitirá identificarse como una mujer con capacidad de desarrollarse personal y profesionalmente, superando esa tonta imagen de que solamente sirve para la reproducción.

9. Sin dejar de lado otras acciones no previstas por la escasez de tiempo, consideramos que para el cumplimiento de todas ellas es necesario un régimen jurídico más estricto y firme que le dé la merecida importancia al valor de la responsabilidad. Con lo que hemos señalado no pretendemos hacer una defensa a los programas de control de natalidad o hacer una apología al malthusianismo, la eugenesia ni nada por el estilo. Lo que se pone sobre el tapete es la necesidad de garantizar que los niños nazcan y crezcan en un ambiente sano, correcto, con unos padres que respeten sus derechos y se hagan cargo de todas las responsabilidades derivadas de la paternidad en la mejor forma posible, todo ello sobre la base de lo que dice la ley, la Constitución y los numerosos tratados suscritos por el Estado Peruano. Procuramos, así, reafirmar la institución de la familia a partir de un tratamiento más social y humano de la reproducción humana, apostando por un comportamiento tan libre como responsable y esperando que a partir de ello se logre mejorar la situación de decadencia y libertinaje reproductivo que tanto daño causa a los niños de nuestro país.

BIBLIOGRAFÍA:

• LEGISLACIÓN CONSULTADA

Internacional

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).
- Declaración de los Derechos del Niño (1959).
- Convención para la Eliminación de Toda Forma de Discriminación contra la Mujer (1979).
- Programa de Acción de El Cairo (1994).
- Plataforma de Acción de Beijing (1995).
- Convención sobre los Derechos del Niño (1990).
- Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1980).

Nacional

- Constitución Política de 1979.
- Constitución Política de 1993.
- Decreto Legislativo N° 346 – Ley de la Política Peruana de Población.
- Código de los Niños y Adolescentes.
- Código Civil.
- Norma Técnica de Salud de Planificación Familiar, aprobada por Resolución Ministerial N° 652-2016/MINSA.

• OBRAS CONSULTADAS

1. **AHUMADA, Claudia y KOWALSKI-MORTON, Shannon.** “Derechos Sexuales y Reproductivos. Guía para Activistas Jóvenes”. The Youth Coalition y Fondo de Población de las Naciones Unidas. Canadá, 2006.
2. **BAREIRO, Line,** “Los derechos reproductivos y los derechos universales”, en “Promoción y defensa de los derechos reproductivos: nuevo reto para las instituciones nacionales de derechos humanos”.

- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, UNFPA, Naciones Unidas Alto Comisionado para Derechos Humanos, San José, 2003.
3. **BIDART CAMPOS, Germán.** “Teoría General de los Derechos Humanos”. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 1989.
 4. **CARBONELL LAZO, Fernando, LANZON PÉREZ, Jorge, MOSQUERA LÓPEZ, Silvia.** “Código Civil. Comentado, Concordado, Anotado”. Ediciones Jurídicas. Lima, 1996.
 5. **CHIRINOS SOTO, Enrique.** “La Constitución Comentada”. Editorial Rodhas, Lima, 2008.
 6. **COMISIÓN INDEPENDIENTE SOBRE LA POBLACIÓN Y LA CALIDAD DE VIDA.** “Elegir El Futuro: Un Programa Radical para la Mejora Sostenible de la Calidad de Vida”. Editorial IEPALA, 1999.
 7. **DIRECCIÓN GENERAL DE POLÍTICAS DE DESARROLLO SOCIAL, DIRECCIÓN DE INVESTIGACIÓN Y DESARROLLO SOCIAL.** “Población y Desarrollo. Compendio de Normas”. MIMDES, 2da Edición. Lima, 2007.
 8. **DONAYRE VALLE, José.** “Programas y Políticas de Población en el Perú. Del Debate a la Acción.” Universidad Peruana Cayetano Heredia. Lima, 2012.
 9. **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Estudios sobre Derecho de las Personas”. Segunda Edición, Editorial Huallaga. Lima, 1996.
 10. **FACIO, Alda.** “Los Derechos Reproductivos son Derechos Humanos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2008.
 11. **FERNANDEZ SAGADO, Fernando.** “Estudios Jurídico Constitucionales”. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Nacional Autónoma de México. Primera Edición. México, 2003.
 12. **FONDO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA INFANCIA (UNICEF), INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA (INEI).** “Estado de la Niñez en el Perú”. Lima, 2011.

13. **FONDO DE POBLACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS; INSTITUTO DANÉS POR LOS DERECHOS HUMANOS Y OFICINA DEL ALTO COMISIONADO POR LOS DERECHOS HUMANOS.** “Reproductive Rights Are Human Rights. A Handbook for National Human Rights Institutions”. Naciones Unidas, 2014.
14. **GARCÍA TOMA, Víctor.** “Análisis sistemático de la Constitución Peruana de 1993”. Universidad de Lima, Lima, 1998.
15. **GUASTINI, Ricardo.** “Estudios de Teoría Constitucional”. Primera Edición. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001.
16. **KANT, Immanuel.** “Fundamentación de la Metafísica de las Costumbres”. Editorial Porrúa, México, 1996.
17. **KANT, Immanuel.** “La Metafísica de las Costumbres”. Traducción de Adela Cortina Orts y Jesús Conill Sancho. 4ta. Edición. Tecnos, Madrid, 2005.
18. **LLAMBIAS, Jorge Joaquín.** “Tratado de Derecho Civil. Parte General”. Tomo II. Décimo Séptima Edición. Editorial Perrot. Buenos Aires, 1977.
19. **M. KIRILOVA, Eriksson.** “Family Planning and Human Rights”. En Parenthood in modern Society. Dordrecht, Boston, London, 1993.
20. **MACKINNON, Catherine.** “Feminism Unmodified”. Harvard University Press, MA, 1994.
21. **MILLER, Alice.** “Sexual no reproductivo: explorando la conjunción y disyunción de los derechos sexuales y reproductivos». En “Derechos sexuales y reproductivos. Aportes y diálogos contemporáneos”. Lima: Centro de la Mujer Peruana Flora Tristán. Lima, 2001.
22. **MONCAYO, Guillermo; VINUESA, Raúl; GUTIÉRREZ, Hortencia.** “Derecho Internacional Público”. Tomo 1, Víctor P. de Zavallá, Buenos Aires, 1981.
23. **NINO, Carlos Santiago.** “Ética y derechos humanos”, Ariel, Barcelona, 1989.

24. **O'DONELL, Daniel.** "La Doctrina de la Protección Integral y las Normas Jurídicas vigentes en relación a la Familia". Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2004.
25. **PACHECO GÓMEZ, Máximo.** "El Concepto de los Derechos Fundamentales de la Persona Humana". En LIBER AMICORUM. HÉCTOR FIX ZAMUDIO. Tomo I. Corte Interamericana de Derechos Humanos. San José de Costa Rica, 1998.
26. **PECES BARBA, Gregorio.** "Derechos Fundamentales". Tercera Edición. Latina Universitaria, Madrid, 1980.
27. **PLÁCIDO VILCACHAGUA, Alex Plácido.** "Manual de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes". Primera Edición. Pacífico Editores S.A.C. Lima, 2015.
28. **RECASENS SICHES, Luis.** "Tratado General de Filosofía del Derecho". 19° Edición. Editorial Porrúa. México, 2008.
29. **RUBIO CORREA, Marcial.** "Estudio de la Constitución Política de 1993". Tomos I, II y IV. Primera Edición. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 1999.
30. **SOBRINO, F.** "Sobrino aumentado o Nuevo Diccionario de las lenguas española, francesa y latina: con un diccionario abreviado de Geografía, en donde se hallan los nombres de los Reynos, de las ciudades, de los mares y Ríos del Mundo" Nueva edición, aumentada de un suplemento". Tomo Primero. Parte II. En León de Francia: por J.B. Delamolliere, 1791. Disponible en el Archivo Digital de la Universidad Complutense de Madrid.
31. **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.** "Tratado de Derecho de Familia. La Nueva Teoría Institucional y Jurídica de la Familia". Tomo I. Primera Edición. Gaceta Jurídica. Lima, 2011.

32. **VILLANUEVA FLORES, Rocío.** “Protección Constitucional de los derechos sexuales y reproductivos”. Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Costa Rica, 2008.

• **PUBLICACIONES PERIÓDICAS**

33. **AGUIAR DE LUQUE, Luis.** “Los Límites de los Derechos Fundamentales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales, ISSN 0214-6185, N°. 14. 1993.
34. **ALKORTA IDIAKEZ, Itziar.** “Nuevos límites del derecho a procrear”. En Derecho Privado y Constitución. ISSN: 1133-8768. Núm. 20. Enero - diciembre 2006.
35. **ANOMALY, Jonathan.** “Public Goods and Procreation”. Monash Bioethic Review 32. Monash University, 2014, Melbourne, Australia.
36. **BARRÓN VELIS, Francisco.** “El Derecho Humano a la Planificación Familiar y la Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria. A propósito de los artículos 5º y 6º del Código Civil de 1984”. Revista THEMIS N° 22 (1992). Pontificia Universidad Católica del Perú.
37. **BLÁSQUEZ RODRÍGUEZ, María Isabel.** “Aproximación a la Antropología de la Reproducción”. Revista de Antropología Iberoamericana. Número 42. Julio-Agosto 2005. Madrid.
38. **CALÁ, María.** “El derecho a la libertad reproductiva en personas portadoras de VIH. Análisis desde una perspectiva jurídica trialista”. Cartapacio de Derecho [Online], Volumen 15 Número 0, marzo 2009.
39. **CUENTAS ORMACHEA, Enrique.** “El abuso del Derecho”. Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho, ISSN 0251-3420, ISSN-e 2305-2546, N°. 51, 1997.
40. **CUETO, Marcos.** “La vocación por volver a empezar. Las Políticas de Población en el Perú”. Revista Peruana de Medicina Experimental y

Salud Pública. Instituto Nacional de Salud. Volumen 23, número. 2, abril-junio. Lima, 2006. ISSN versión electrónica 1726 – 4634.

41. **DE OTTO Y PARDO, Ignacio.** “La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución”. Citado por Aguiar de Luque, Luis en “Los límites de los Derechos Fundamentales”. Revista del Centro de Estudios Constitucionales N°. 14. 1993.
42. **DE PALMA DEL TESO, Ángeles.** “El derecho de los menores a recibir protección: el papel de la familia y de las administraciones públicas. La actuación de las administraciones públicas en situaciones de riesgo, dificultad social y desamparo de los menores”. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, N° 15, Madrid, 2011.
43. **DILLARD, Carter J.** "Rethinking the Procreative Right," Yale Human Rights and Development Journal: Vol. 10: Issue 1, Article 1, 2007.
44. **DORN GARRIDO, Carlos.** “La dignidad de la persona: Límite a la autonomía individual.” Revista de Derecho, N° 26, Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, 2011.
45. **GUARRÍN FERRER, Juan Carlos.** “Autonomía de la voluntad en los contratos de consumo”. Ratio Iuris, Revista de Derecho Privado. Año II, N° 02 (2014), Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires.
46. **HURTADO POZO, José.** “Comentarios a la Ley 26530: Bien jurídico, integridad corporal, esterilización y Constitución.” En Anuario de Derecho Penal, 1995.
47. **KOZLOVSKA, Martha.** “Reproductive Rights as Fundamental Rights. The Problems of Legal Protection in Poland” en: Justice in the Russian Federation and Poland: problems of the theory and practice°. Irkutsk State University Press, 2010.

48. **LÓPEZ-CONTRERAS, Rony.** “Interés Superior de los niños y niñas. Definición y contenido”. En Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud N° 13, 2015.
49. **MARGARET MUNALULA, Mulela.** “Rethinking the Right to Procreate. An African Imperative”. Theoretical Inquiries in Law. Vol. 13, No 1 (2012).
50. **MICHELINI, Dorando J.** “Dignidad Humana en Kant y Habermas”. En Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas – INCIHUSA – CONICET. Mendoza Vol. 12 N° 1. ISSN 1515-7180. Argentina, Julio 2010.
51. **MONCHO I PASCUAL, Josep Rafael.** “Sobre la dignidad humana”. Revista AGORA: Papeles de Filosofía, ISSN 0211-6642, Vol. 22, N. 1, 2003.
52. **MORAN MORALES, Claudia.** “Procreación y derechos humanos. La libertad para procrear en el ordenamiento jurídico peruano.” Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Volumen II, Año 2001 ISSN 1608-1714.
53. **NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto.** “Dignidad de la persona, derechos fundamentales y bloque constitucional de derechos: una aproximación desde Chile y América Latina”. Revista de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay, N° 05, 2010.
54. **PALOMBELLA, Gianluigi.** “El Abuso del Derecho, del Poder y del Rule of Law.” Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 29, 2006. Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2009. Universidad de Parma, Italia.
55. **PELÁEZ MENDOZA, Jorge.** “Salud Sexual y Reproductiva de Adolescentes y Jóvenes: Una Mirada Desde la Óptica de los Derechos Humanos”. Revista Cubana de Obstetricia y Ginecología, agosto 2008, Vol. 34, N° 2 ISSN 0138-600X.

56. **PÉREZ CONTRERAS, María de Montserrat.** “El entorno familiar y los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes: una aproximación”. En Boletín Mexicano de Derecho Comparado N° 138. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2013.
57. **REYES MONJARAS, María Elena.** “Naturaleza Jurídica de la Reproducción Humana en Mujeres Solas”. En Revista UNACAR Tecnociencia, Enero-Junio 2008. Revista arbitrada de la Universidad Autónoma del Carmen, México.
58. **ROBERTSON, John A.** “Liberalism and the Limits of Procreative Liberty: A Response to My Critics”, 52 Wash & Lee L. Rev. 233, 1995.
59. **SALLES Cristina y GER Sandra.** “Las competencias parentales en la familia contemporánea: Descripción, promoción y evaluación”. En Revista d'intervenció socioeducativa Núm. 49 (2011).
60. **SANTANA RAMOS, Emilia.** “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”. Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho. N° 29 (2014). ISSN: 1138-9877. Instituto de Derechos Humanos de la Universidad de Valencia.
61. **SERNA MEROÑO, Encarna.** “Las Técnicas De Reproducción Humana Asistida: Limitaciones Para Su Práctica”. Derecho Privado y Constitución ISSN: 1133-8768. Núm. 26, enero-diciembre 2012.
62. **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.** “El principio de libertad personal y el principio de legalidad”. Suplemento de La Ley, Actualidad, Vol. Año LXIX, No.125, Buenos Aires, 2005.
63. **VIVEROS C., Licer.** “Perspectiva sociológica de la sexualidad hacia el año 2000”. Revista de Sociología, N° 3. Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile. Santiago, 1988.
64. **WARNOCK, Mary.** “The Limits of Rights-based Discourse”. En ‘Freedom and Responsibility in Reproductive Choice’, Edited by J.R. Spencer and Antje Du Bois-Pedain. Antje, 2006.

• OTRAS FUENTES

INTERNET:

65. **BRAKE, Elizabeth y MILLUM, Joseph**, "Parenthood and Procreation", The Stanford Encyclopedia of Philosophy, Editado por Edward N. Zalta (URL *forthcoming*). En: <http://plato.stanford.edu/entries/parenthood/>.
66. **COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**. "El Derecho del Niño y la Niña a la Familia. Cuidado alternativo. Poniendo fin a la Institucionalización en las Américas". OEA/Ser.LV/II. Doc. 54/13, octubre 2013: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2014/9526.pdf>.
67. **COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO DE LAS NACIONES UNIDAS**. "Observación General N° 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial". Aprobada por el Comité en su 62° período de sesiones (14 de enero a 1 de febrero de 2013). Publicada el 29 de mayo de 2013. Encontrado en: http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf.
68. **CONGRESO DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ**. "Debate Constitucional – 1993. Comisión de Constitución y de Reglamento". Tomo I, 1993. Disponible en: <http://www.congreso.gob.pe/paracas/publicad.nsf/sesionespleno>.
69. **CORTE CONSTITUCIONAL DE COLOMBIA**: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/T-732-09.htm>.
70. **DEPARTAMENTO DE ASUNTOS SOCIALES Y ECONÓMICOS DE LAS NACIONES UNIDAS**: <http://www.un.org/en/development/desa/population/theme/rights/>

71. **DIVISIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS: ONU MUJERES (UN WOMEN):** www.unwomen.org/es/digital-library/publications/2015/01/beijing-declaration.
72. **DIVISIÓN DE POBLACIÓN DE NACIONES UNIDAS, DEPARTAMENTO DE ASUNTOS ECONÓMICOS Y SOCIALES:** <http://www.un.org/popin/icpd/conference/bkg/wppa.html>.
73. **ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS (ONU):** <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>.
74. **ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD (OMS).** “Sexual and Reproductive Health. Defining Sexual Health”: http://www.who.int/reproductivehealth/topics/sexual_health/sh_definitions/en/.
75. **PEREZ MARTINEZ, Luis.** “Historia de la Población Mundial”. Presentación en Power Point. Disponible en línea: http://www.uam.es/personal_pdi/economicas/lperez/puma2122006.ppt#1
76. **REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA RAE:** www.rae.es.
77. **SIVERIVO BAVIO. Paula.** “Bioética y Sexualidad. Dinámicas y Tensiones a Propósito de Algunos Casos Concretos en América Latina”. Disponible en: <http://www.bioetica.org/umsa/bibliografia/Siverino.pdf>.
78. **TRIBUNAL CONSTITUCIONAL PERUANO:** <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/03861-2013-AA.html>; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.html>; <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/07435-2006-AC.html>.
79. **USAID; GERENCIA DE APOYO ALIMENTARIO PROYECTO DE NUTRICIÓN INFANTIL SOSTENIBLE - “NIÑOS”.** Folleto “Paternidad y maternidad responsable”. Lima, 1999. Encontrado en <http://www.bvcooperacion.pe/biblioteca/bitstream/123456789/3437/3/BVCI0002181.pdf>.

INFORMES PERIODÍSTICOS:

80. **DIARIO EL COMERCIO.** Edición del sábado 10 de noviembre de 2012. “Más de 10 mil niños peruanos esperan conseguir una familia adoptiva”.
81. **DIARIO LA REPÚBLICA.** Edición del 11 de octubre de 2012. “822 niños y adolescentes han sido abandonados por sus padres en Lima”.
82. **DIARIO LA REPÚBLICA.** Edición del 12 de enero de 2017. “El 43% de internos del penal de Piura abandonó su hogar antes de los 15 años”.
83. **DIARIO PERÚ21.** Edición del 29 de enero de 2015. “Trabajo infantil: Uno de cada cuatro menores trabaja en el Perú”.
84. **REVISTA PERÚ ECONÓMICO.** Edición del 2012. “Trabajo Infantil”.

SOBRE ASPECTOS METODOLÓGICOS DE LA INVESTIGACIÓN:

85. **BARRIENTOS GUTIERREZ, Pedro.** “La Investigación Científica. Enfoques metodológicos”. Editorial UGRAPH S.A.C. Lima, 2006.
86. **CARNEIRO, Miguel; CÉPEDA, Paola; TAVERA, Elizabeth; VELÁSQUEZ, Héctor.** “Guía PUCP para el registro y el citado de fuentes documentales”. Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2009.
87. **CHYNOWETH, Paul.** “Legal Research”. En “Advanced Research Methods in the Built Environment”. Editado por Andrew Knight y Les Ruddock. John Wiley & Sons. University of Salford. Reino Unido, 2008.
88. **FERNÁNDEZ FLECHA, María de los Ángeles; URTEAGA CROVETTO, Patricia; VERONA BADAJOZ, Aarón.** “Guía de Investigación en Derecho”. Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, 2015.

89. **HERNANDEZ SAMPIERI, Roberto; FERNÁNDEZ COLLADO, Carlos; BAPTISTA LUCIO, Pilar.** “Metodología de la Investigación”. Sexta Edición. Editorial Mc Graw Hill. México 2014.
90. **PONCE DE LEÓN ARMENTA, Luis.** “Metodología del Derecho”. Decimotercera edición. Editorial Porrúa, México, 2011.
91. **RAMOS NÚÑEZ, Carlos.** “Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento”. Cuarta Edición. Editorial Gaceta Jurídica. Lima, abril 2007.
92. **SÁNCHEZ ZORRILLA, Carlos.** “La Metodología en la Investigación Jurídica. Características peculiares y pautas generales para investigar en el Derecho.” En Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 14, 2011.