

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

«Quizá sea falso decir que la vida es una elección perpétua. Pero es cierto que no se puede imaginar una vida privada de toda elección».

Albert Camus

Los derechos humanos, concepto ampliamente difundido a partir de la segunda mitad del presente siglo, no son sino una ampliación conceptual de lo que entre los siglos XVIII y XIX se conociera como «Derechos del Hombre» y con anterioridad, desde una perspectiva teológica, como «Derecho Natural».

La corriente más difundida en nuestro medio sobre la naturaleza jurídica de los derechos humanos es, en sus distintas vertientes, la llamada corriente jusnaturalista que, como se desprende de su propia denominación, encuentra los derechos fundamentales del hombre en la esencia de la naturaleza humana. Esta teoría intenta una fundamentación absoluta de los derechos humanos en base a la asunción de la existencia de verdades inmutables, lo cual lleva no sólo a conclusiones tautológicas en las que el fundamento pasa a depender de lo fundado, sino también a conclusiones divergentes si esas verdades inmutables de las que partimos son diferentes.

Contrariamente a esta teoría, las corrientes doctrinarias modernas postulan que los derechos humanos, en tanto modernas expresiones normativas, constituyen expresiones históricas que corresponden a la interrelación entre un sistema ético que los acoge y una realidad que los genera¹. Así, la mutabilidad histórica en sus dimensiones técnica y científica, con-

Francisco Barrón Velis.
Bachiller en Derecho de la PUC.

diciona una realidad que debe permanentemente interactuar con el sistema en que se inserta.

En ese sentido parece manifestarse Domingo García Belaúnde, cuando sostiene que:

«Los derechos naturales o los derechos del hombre en su versión moderna no son factibles de tener un argumento racional..., sino que por el contrario aparecen cambiantes según las épocas.»².

Afirmando a continuación, que:

«Lo que cabe frente al derecho natural (y en consecuencia a los derechos humanos) no es una función discursiva (que conduciría al pensamiento a rodeos inútiles), sino una actitud volitiva, de adhesión a determinados valores, que racionalmente no pueden ser conocidos...»³.

Ocupémonos de un ejemplo concreto: El derecho a la vida. En su forma primitiva, todas las culturas lo postulan; pero el concepto «vida» se enriquece constantemente con el devenir histórico. Este derecho, con ser inmutable en el sentido de permanente, es por definición variable en contextos históricos determinados. Así, en la edad moderna se le añade el concepto «calidad de vida», siendo éste el que de alguna manera permite toda la evolución posterior de lo que actualmente conocemos como derecho a la vida.

1. Sobre este tema leer «Fundamentos filosóficos de los derechos humanos» de Paul Ricoeur y otros. Unesco/Serbal 1985. También Vasak Karel, Dimensiones Internacionales de los derechos humanos. 3 tomos, Unesco/Serbal 1982.

2. GARCIA BELAUNDE, Domingo; Los derechos humanos como ideología, en Revista DERECHO Pontificia Universidad Católica del Perú, Nº 36, diciembre de 1982. p. 107.

3. Ibid p. 107.

, en consecuencia, que los derechos humanos son experiencias históricamente determinadas y valores inherentes al ser humano, y que por ello se encuentran sujetos a una evolución.

Ahora bien, es claro que la libertad se aprende como un valor distintivo y evidente a cualquier especulación ética o jurídica. La libertad -entendida como albedrío- no es una energía, una cosa, o una facultad, sino que es la expresión del tipo de inserción del hombre en el mundo que lo rodea y por tanto, es la situación esencial en la que se encuentra, en su proceso de vida frente a éste. El justilósofo Luis Recasens Siches afirma que esta situación consiste en:

«...hallarse siempre ante una pluralidad limitada y concreta de posibilidades, esto es, de caminos a seguir y, por lo tanto, en la necesidad de decidirse por sí mismo, por su propia cuenta, bajo su responsabilidad, a elegir una de estas vías»⁴.

Su desenvolvimiento histórico, su expresión en la esfera normativa es un derecho: **el derecho a la libertad**; se lo considera fundamental y, por argumentación lógica, le antecede existencialmente sólo el derecho a la vida. Así pues, la **libertad valor**, deviene en el derecho a la libertad. La forma histórica que asume este derecho varía, acrecentándose acorde a las variaciones que el desarrollo histórico presenta. Pero, cabe preguntarse aquí ¿Cuál es la dirección de ese desenvolvimiento histórico?, y también, ¿cómo debe expresarse en la esfera normativa, en el Derecho?

Cuando nos referimos a la expresión desenvolvimiento histórico, apelamos a un sentido de unidad o continuidad en el cambio, comprendiendo toda la actividad humana. Comprende por lo tanto, el aspecto material, llámese ciencia o técnica, y el aspecto inmaterial, es decir, sistemas conceptuales y tendencias sociales.

¿Qué podemos extraer como constantes de nuestro desenvolvimiento histórico que tenga relación con la libertad?

En primer lugar, el consensual respeto por el individuo. Libertad sí, **pero no en abstracto**, sino expresada en oportunidades de ser ejecutada; y allí llegamos a la segunda constante: La focalización del problema político contemporáneo en la relación del individuo con la voluntad colectiva, entiéndase, el Estado. Una concepción moderna hace del Estado un permanente interlocutor entre los individuos que lo conforman y los intereses comunes a la colectividad.

Ubicamos así **al individuo**, sujeto concreto de los derechos humanos, a quien por su derecho a la libertad, **le es lícito ejercer sus potencialidades en tanto no vulnere el derecho ajeno**. Nada puede serle más propio al ser humano que sus capacidades biológicas y psicológicas.

El ejercicio de la razón, el pensamiento, es una capacidad, una potencialidad biopsicológica y se acepta universalmente su libertad, el derecho que tiene un individuo de ejecutarla. No son en esencia diferentes otras potencialidades humanas; **la capacidad procreadora es otro ámbito para la libertad**. Al igual que otras potencialidades es individual, y la conjunción de voluntades la hace efectiva. A pesar que el hombre desde los inicios de la historia ha manifestado su necesidad de regular su capacidad reproductiva, ha sido necesario un desarrollo científico que nos permita conocer a fondo esta capacidad humana, y un desarrollo técnico que nos permita controlarla, ponerla a disposición de la voluntad, es decir, hacerla sujeto de la deliberación, de la libertad de ejecutarla. La rémora es un aparato conceptual que aún no ve clara la relación entre libertad y expresión de potencialidades. Se fundamenta la elección reproductiva en los beneficios que puede conllevar al individuo, a la familia y a la colectividad. Estos son ciertos y dignos de considerarse, pero la verdadera fundamentación estriba en la libertad humana individual, de expresarse o no con los medios de su contexto sociohistórico en un despliegue de potencialidades.

Consideramos así a la elección reproductiva, llamada comúnmente planificación familiar, como una expresión histórica del derecho a la libertad, que permite al ser humano ser dueño de su vida reproductiva, separando de manera consciente y voluntaria a la sexualidad como medio de comunicación y relación humana, como manifestación de unión, amor y como medio destinado a la reproducción.

En el plano positivo, este derecho ha sido materia de reconocimiento por diversos instrumentos internacionales, por constituciones y legislaciones nacionales.

La Conferencia Internacional sobre Derechos Humanos llevada a cabo en la ciudad de Teherán en el año de 1968, con ocasión del 20º Aniversario de la fundación de las Naciones Unidas, aprobó por unanimidad una Proclamación de los Derechos Humanos, cuyo artículo 18º consagró el derecho de los padres a determinar libre y responsablemente el número y espaciamiento de sus hijos.

Posteriormente, la Conferencia Mundial de Población de la Organización de las Naciones Unidas, llevada a cabo en 1974 en Bucarest, Rumanía, aprobó por consenso de 136 gobiernos, un Plan de Acción

4. RECASENS SICHES, Luis; Vida humana, Sociedad y Derecho, p. 74.

ción, el cual en su párrafo 14 (f) declarar que:

«Todas las parejas e individuos tienen el derecho fundamental de decidir libre y responsablemente el número y espaciamento de sus hijos y de disponer de la información, la educación y los medios necesarios para ello; la responsabilidad de las parejas e individuos en el ejercicio de ese derecho exige que tengan en cuenta las necesidades de sus hijos vivos y futuros, y sus obligaciones hacia la comunidad».

Por otro lado, la Convención de la ONU sobre la eliminación de todas las formas de discriminación sobre la mujer, proclamada en el año de 1979, prescribe en su parte IV, artículo 16⁵, inciso 1, numeral (e), lo siguiente:

«Article 16: 1. States Parties shall take all appropriate measures to eliminate discrimination against women in all matters relating to marriage and family relations and in particular shall ensure, on a basis of equality of men and women: (e) The same rights to decide freely and responsibly on the number and spacing of their children and to have access to the information, education and means to enable them to exercise these rights»⁵.

A nivel constitucional, tanto la Constitución mejicana, de modo explícito en el segundo párrafo de su artículo 4^o, como la Constitución peruana, implícitamente en la primera parte de su artículo 6^o, amparan el derecho de los padres a elegir el modo y espaciamento de sus hijos.

De modo que no se trata de recomendaciones sobre políticas de gobierno ni de normas de comportamiento social que contrarían normas morales, sino de derechos humanos, explícitamente consagrados en instrumentos vinculantes de la Organización de las Naciones Unidas y en diversas Constituciones Políticas y dispositivos legales de diversos Estados como el peruano, que a través del Decreto Legislativo N^o 346 «Ley de Política Nacional de Población», artículo

VI, numeral 3, garantiza como derecho de la persona humana, el de la libre determinación del número de sus hijos.

Ahora bien, es tan importante para un sistema jurídico la existencia positiva de un derecho, como la delimitación de los modos por los cuales la persona puede ejercerlo. Soy de opinión que la libertad de elección sobre el número y espaciamento de los hijos propios incluye también la elección de modos de ejercicio de esta libertad, dentro del más absoluto criterio de conciencia y respeto por la intimidad y convicción personal, libre de presiones de agentes sociales, sean estatales o eclesiales.

El ejercitar el derecho a la elección reproductiva, implica una intervención humana en un proceso biológico. Desde el momento que el hombre asume la dirección y finalidad del acto sexual está optando por un manejo consciente de los procesos biológicos reproductivos⁶.

Así, por ejemplo, los métodos llamados «naturales», implican un manejo fisiológico, mientras que los métodos «de barrera» implican un manejo físico, ambos conscientes y voluntarios.

Ningún método que faculte al ser humano, hombre o mujer, a decidir sobre el momento de procrear, es en sí mismo moral o inmoral. La utilización de los medios anticonceptivos, libremente elegidos por la persona, puede tener como propósito el procurar una mejor comunicación con la pareja o un sano y válido propósito de no procrear. Asimismo, puede tener fines egoístas, pudiendo llegar a extremos utilitarios y manipulativos de la otra persona involucrada en la relación, para la consecución de un fin no querido o ignorado por ésta.

Como lo sostiene Bernhard Haring, eminente teólogo alemán que lidera una amplia corriente al interior de la Iglesia Católica que busca un cambio de enfoque respecto de esta materia:

«Personalmente pienso que no puede negarse que toda regulación consciente de la natalidad incluye procesos manipuladores. Pero el problema que interesa a los moralistas no es si hay o no manipulación, sino si se trata de manipulación que va más allá de los límites trazados por la dignidad del hombre»⁷.

5. Convention on the elimination of all formes of discrimination against women. Proclaimed by the United Nations in 1979.

6. Sobre el tema, leer Haring, Bernhard; *Ética de la manipulación*. Ed. Herder, 1978. También SAI, T.; *Aspectos éticos de la planificación familiar*. IPPF, 1985.

7. Ver HARIN supra nota 6, p. 25.

La moralidad de los medios de la vida está indisolublemente ligada a la motivación del sujeto, a la cual el derecho no puede ingresar sin violar su intimidad. El deber del hombre de ser fecundo hasta que su salud o la de sus hijos lo permita, proclamado como posición oficial de la Iglesia Católica, constituye un precepto religioso, que tiene su ámbito propio reconocido en la libertad de culto⁸. Quienes se adhieren al culto, son los únicos obligados, moralmente, a cumplir con este precepto. Independientemente, conjuntamente con los demás mortales, siguen siendo sujetos de derecho y ciudadanos de un Estado libre, regido por normas propias y seculares que protegen la libertad en todas sus formas.

Dentro del conjunto de medios por los cuales un ser humano, hombre o mujer, puede ejercer su derecho de elección reproductiva se encuentran los medios quirúrgicos, que se conocen comúnmente como «esterilización».

Es necesario dejar claramente establecido que no es materia de este artículo ni la esterilización eugenésica, ni la socio económica ni la médica o terapéutica, sino la estrictamente voluntaria, que nace de una manifestación libérrima del individuo, y que es denominada en el ambiente médico internacional como Anticoncepción Quirúrgica Voluntaria (AQV).

Esta se ejecuta modernamente mediante una intervención en los conductos por donde se trasladan ya sea los óvulos o los espermatozoides, produciendo un bloqueo de las trompas de Falopio o de los conductos deferentes, para el caso de la AQV femenina o masculina respectivamente.

La vasectomía es un procedimiento quirúrgico que tiene por finalidad impedir la fecundación mediante el bloqueo de los conductos deferentes, que son los canales por donde se expulsan los espermatozoides al producirse la eyaculación. Hay condiciones locales que pueden impedir o dificultar la vasectomía, tales como el hidrocele, varicocele, cirugía previa; también afecciones generales que requieren de precauciones especiales tales como desórdenes del sangrado y otros.

La técnica es simple. Se localiza el conducto deferente, se aísla y se fija firmemente y se realiza la incisión para seccionar y ligar, quedando de esta forma impedido el paso del espermatozoide. Hay variaciones y simplificación en la técnica para hacerlo menos traumático, inclusive sin escalpelo, mediante pinzas especiales que no requieren sutura de la piel. Las complicaciones son mínimas si se utiliza la técnica adecuada, la asepsia y los cuidados pertinentes. El tiempo de la intervención dura de cinco a diez minutos, pudiendo deambular el paciente casi inmediatamente después de la operación.

La ligadura de trompas es el procedimiento quirúrgico por el cual se realiza el bloqueo de los conductos o trompas de Falopio, que van a impedir la fecundación. Las técnicas de abordaje pueden ser por vía abdominal o por vía vaginal.

En el primer caso, se utiliza diferentes técnicas, siendo dos las principales: la Laparoscopia y la Minilaparatomía. En ambos casos, se realiza una incisión muy pequeña. En la primera, se efectúa una incisión por debajo del ombligo (aproximadamente de dos centímetros) por donde se introduce un aparato, el Laparoscopio, que tiene por objeto visualizar los órganos pélvicos. Una vez localizadas las trompas se realiza la oclusión mediante anillos de plástico especiales.

En el caso de la Minilaparatomía, se realiza una incisión de dos a tres centímetros por encima del pubis, por donde se penetra a la cavidad pélvica, se localiza las trompas, se exponen y se realiza el bloqueo, mediante anillos de plásticos especiales o se seccionan «a cielo abierto» y se ligan. En ambos casos, el procedimiento dura aproximadamente de cinco a diez minutos.

Por la cavidad vaginal también se puede penetrar por el fondo del saco posterior de la vagina, que está en contacto con los órganos pélvicos. Se hace la Colpotomía en la pared vaginal posterior, penetrando a la cavidad pélvica. Se localiza las trompas, se seccionan y se ligan. Este procedimiento no es de mucha utilización, porque supone la penetración por la vagina, que es un conducto séptico.

Hasta hace poco estos medios eran considerados totalmente irreversibles. Sin embargo, el avance de la tecnología médica ha hecho posible su reversibilidad mediante la recanalización de los conductos. Esta alternativa, aún onerosa y con un porcentaje de éxito aún bajo, debe llevarnos a replantear ya el concepto de la AQV como medio irreversible, por el de la AQV como medio **con ánimo de permanencia**.

La AQV implica, dentro de las opciones que puede tomar una persona en el ejercicio del derecho de dirigir su procreación, una decisión válida, radical y con ánimo definitivo de no procrear.

¿Resulta cuestionable esta decisión?

Hemos sustentado que el hombre, como ser libre, tiene derecho a elegir distintos medios para controlar su propia fecundidad. Y los medios que puede tomar, de una decisión definitiva en un sentido u otro. Hemos defendido permanentemente a la libertad como un valor jurídicamente tutelable. ¿Existiría alguna razón para que en este respecto dejemos de razonar como lo hemos hecho hasta ahora?

8. Sobre la posición oficial de la Iglesia Católica en este tema, leer Carta Encíclica «Humana Vitae» de su Santidad Paulo VI. Asimismo se recomienda LE CLERQ, Jacques; La familia según el derecho natural. Leclerq da una visión histórica de la posición de la iglesia sobre temas de moralidad familiar y sexual.

Como determinados sectores conservadores que consideran, dentro de la más firme tradición agustiniana, que el acto sexual es intrínsecamente malo y sólo se justifica por su fin reproductivo, o como los que consideran que el impulso sexual humano es tan fuerte que sólo el riesgo del embarazo le impide comportarse con promiscuidad, quizá.

Pero realmente no la existe.

La anticoncepción quirúrgica voluntaria ha sido profundamente tratada en la legislación comparada durante el último siglo. Y las tendencias jurídicas actuales, que vienen superando paulatinamente distintos criterios que la habían impedido, apuntan hacia un afianzamiento de la libertad humana.

En 24 países, entre los cuales se encuentran Austria, Dinamarca, El Salvador, Filipinas, República Alemana, Islandia, Indonesia, Italia, Luxemburgo, Mozambique, Nueva Zelanda, Noruega, Portugal, Gran Bretaña, Singapur, Suecia, Túnez y Yugoslavia, se permite expresamente la anticoncepción quirúrgica voluntaria⁹.

«En 52 países, la anticoncepción quirúrgica voluntaria es legal por no existir ninguna ley que la prohíba, fundándose en el conocido principio de libertad personal por el cual «nadie está impedido de hacer lo que la ley no prohíbe»¹⁰.

Existen 29 países en los cuales la situación legal de la AQV no es clara, constituyendo sólo un pequeño grupo, otros 29 países, en los cuales ésta se encuentra taxativamente prohibida¹¹.

Muchas son las legislaciones que han dejado de considerar a la esterilización como una lesión corporal grave que implica la mutilación de los órganos genitales, llamada también **castración**.

Así, el Acta de Esterilización Voluntaria de Singapur, vigente desde el año 1974, declara en una de sus secciones, que:

«La esterilización sexual efectuada por un médico registrado (bajo esta acta) no constituirá una «lesión de gravedad» dentro del significado del Código Penal»¹².

Por su parte, el Acta Criminal de Nueva Zelanda, de 1961, prescribe que:

«61A (1) Toda persona está protegida de responsabilidad criminal por efectuar con cuidado razonable cualquier operación quirúrgica sobre cualquier persona, si la operación se hace con el consentimiento de esa persona, o de cualquier persona con derecho legal de consentir en su nombre a la operación y para un propósito legal.

(2) Sin limitar la expresión «propósito legal» contenida en la subsección (1) de esta sección, una operación quirúrgica que se hace con el propósito de dejar a un paciente estéril es hecha con un propósito legal»¹³.

Dentro de lo expuesto, podemos afirmar que las legislaciones nacionales se han ido orientando progresivamente hacia la validación legal de la AQV, bajo el criterio que dicha opción no lesiona el derecho a la integridad física del individuo.

En lo que se refiere a esta materia, el caso peruano contrasta con las posiciones adoptadas por las modernas corrientes legislativas. Si bien el artículo 121º de nuestro Código Penal, Decreto Legislativo Nº 635, no incluye expresamente a la AQV, el Decreto Legislativo Nº 346, Ley de Política Nacional de Población, a pesar de constituir una norma relativamente reciente y que respalda decisivamente al derecho a la elección reproductiva, prohíbe en el artículo VI de su Título Preliminar a la AQV como medio de libre elección ya sea para el hombre o la mujer. La legislación sí permite la esterilización, si median graves motivos médicos o quirúrgicos, lo que en términos médicos se denomina **«riesgo reproductivo»**.

Algunos sostienen que la AQV se encuentra también prohibida por la disposición genérica contenida por los artículos 5º y 6º del Código Civil, Decreto Legislativo Nº 295.

Estos artículos prescriben la irrenunciabilidad y la invalidez de la limitación voluntaria de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y las demás inherentes a la persona humana, salvo

9. IPPF; Manual de planificación familiar para médicos. Ed. 1989, p. 390.

10. Ibid p. 390.

11. Ibid p. 391.

12. PAXMAN, John; Leyes, políticas y planificación familiar, p. 41.

13. Ibid p. 41.

los nombrados, en el caso de estado de necesidad de orden médico o quirúrgico, o por motivos humanitarios.

El Dr. Carlos Fernández Sessarego sostiene que:

«La esterilización voluntaria, cuya práctica como medio anticonceptivo va en aumento en el mundo actual, en tanto comporta una disminución grave y permanente de la facultad procreativa de la persona, lesiona el derecho a la integridad psicosomática»¹⁴.

A pesar de la autoridad que le concede el haber sido ponente del Libro de las Personas de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1936, nos permitimos disentir de la opinión de tan versado autor. En nuestra opinión, no existe lesión al derecho a la integridad psicosomática consagrados en los precitados artículos.

El primer argumento utilizado por el Dr. Fernández Sessarego para sustentar su posición, es atribuir a la AQV la naturaleza de «disminución grave» de la facultad procreativa.

Sin embargo, no existe tal. El derecho a la planificación familiar, por su naturaleza, comporta una decisión positiva o negativa de ejercer la facultad de procrear. La facultad procreativa del ser humano no se ve disminuída, ni grave ni levemente, cuando existe un no ejercicio voluntario amparado por ley. Si el derecho ampara el ejercicio voluntario de una facultad, ampara igualmente su no ejercicio voluntario, y por tanto, siendo la esencia del derecho la facultad, el ejercicio de una opción no puede considerarse violatorio de la ley. Debe considerarse, adicionalmente,

que los otros medios de ejercicio de elección reproductiva se rigen por el mismo principio sin por ello ser cuestionados.

La gravedad podría no referirse sin embargo a la disminución de la facultad procreativa sino a la lesión física, es decir al daño físico, verificable fácticamente, causado al organismo humano. Sin embargo, toda vez que tanto para el hombre como para la mujer se trata de obturaciones de conductos que requieren de pequeñas incisiones y que para el primer caso pueden ser realizados de modo ambulatorio sin requerir sutura de la piel.

Más aún, el principal criterio utilizado por las modernas legislaciones sobre la materia para salvar la gran confusión que ha existido entre esterilización y castración ha sido el considerar que los medios quirúrgicos modernos no implican el corte o cercenación de los órganos reproductivos, sino la oclusión de un par de tubos, ya sea en el hombre o en la mujer, para impedir el encuentro entre espermatozoide y óvulo. En ese sentido se pronunció, por ejemplo, la Secretaría de Justicia de Filipinas al aclarar el artículo 262^o de su Código Penal, que sancionaba a cualquier persona por la mutilación total o parcial de algún órgano esencial para la reproducción¹⁵.

Dentro de lo expuesto anteriormente, tenemos que concluir que la esterilización voluntaria es un modo de ejercicio del derecho a la elección reproductiva, y por tratarse de un medio con ánimo de permanencia no debe ser prohibido, recortando la libertad de elección de la persona, sino que, en la medida que no presenta conflictos sustantivos con otros derechos personales, debe ser dotado de todas las seguridades para que exista la certeza que el consentimiento que la persona está prestando sea válido, informado y sin coacción de ninguna clase.

14. FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos; Derecho de las personas. p. 43. Studium 1986.

15. Ver PAXMAN supra nota 12, p. 52.