

Del derecho a la vida y los derechos sexuales y reproductivos, ¿configuración armónica o lucha de contrarios?*

About the right to life and sexual and reproductive rights: harmonious configuration or struggle of opposites?

Caridad del Carmen Valdés Díaz**

RESUMEN

No deben enfrentarse el derecho en potencia que posee el concebido a la vida, con los derechos sexuales y reproductivos que poseen todas las personas, si bien estos últimos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque tienen un límite natural que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos. Se valoran las implicaciones sociales y familiares del aborto y se concluye que si bien la interrupción voluntaria del embarazo no es una práctica deseable, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales, a veces mediatizados por intereses espurios, mediante normas jurídicas, sino coadyuvar al establecimiento de reglas que garanticen la convivencia pacífica y el bien de todos, configurando armónicamente los derechos y no enfrentándolos.

PALABRAS CLAVE: *Personalidad, vida, sexualidad, reproducción.*

ABSTRACT

This text assesses social and familiar implications of abortion, and it concludes that although voluntary interruption of pregnancy is not a desirable practice, law must not impose coactively moral criteria, sometimes influenced by miserly interests, through legal standards; but contribute to the establishment of rules that guarantee the peaceful coexistence and the good of all, forming harmonically the rights.

KEY WORDS: *Personality, life, sexuality, reproduction.*

* Recibido: 13 de diciembre de 2011. Aceptado: 17 de enero de 2012.

** Profesora de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, Cuba (*cary@uh.cu*).

Sumario

1. El derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad
 - A) ¿Cuándo debe reconocerse la personalidad y los derechos inherentes a ella?
 - B) ¿Cuándo debe comenzar la protección jurídica a la vida humana?
2. Los derechos sexuales y reproductivos
 - A) ¿Existe un derecho a decidir libremente la maternidad?
 - B) El aborto: la otra cara de la moneda
3. Consideraciones finales

1. El derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad

Los derechos inherentes a la personalidad ocupan, o deben ocupar, el más destacado lugar dentro del derecho civil, toda vez que éste concibe como realidad primaria respecto a la cual irradian sus normas a la persona misma, al ser humano jurídicamente considerado, provisto de atributos y cualidades intrínsecas que lo dignifican y lo colocan en el plano más alto del conglomerado social en el que se desenvuelve. La personalidad misma constituiría categoría abstracta y mutilada en lo esencial si sólo se apreciara como aptitud para la titularidad de derechos y deberes que se incardinan únicamente al tráfico jurídico en sede patrimonial, económica, desdeñando toda la riqueza que encierra el propio ser y los bienes que le resultan más preciados en el ámbito espiritual o moral. Así, la personalidad entendida en toda su dimensión deberá estar acompañada de derechos que le son inherentes, que garantizan al ser humano el goce de sus bienes personales, haciendo valer su dignidad como tal. Tales derechos, como acertadamente puntualiza ROGEL VIDE, constituyen “[...] unas titularidades jurídicas cuyo punto de partida y de referencia es la personalidad misma, de la que vienen a ser como emanación o atributo íntimo y entrañable, relativa no a bienes exteriores en los que aquélla se proyecte al actuar, sino personales en cuanto forman parte de nosotros mismos, teniendo consiguientemente un contenido ideal, inmaterializado”.¹

217

Si bien desde el derecho romano se reconoció a la persona una llamada *potestate in se ipsum* que le permitía una cierta autonomía sobre sí misma, tomando en cuenta su posición tanto social como familiar, y se reguló la *actio iniuriarum* para que fuera ejercitada frente a cualquier acto que lesionara física

¹ ROGEL VIDE, C. *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, p. 26.

o moralmente a la persona misma,² los derechos inherentes a la personalidad sólo quedan configurados como verdaderos y propios derechos subjetivos a partir de la segunda mitad del siglo XIX. Tributan en gran medida a perfilarlos las obras de Santo Tomás DE AQUINO desde su cátedra parisina de derecho canónico, aunque la noción de derechos inherentes a la personalidad, como también explica ROGEL VIDE, es de origen germánico, introduciéndose en Francia a través de la obra del suizo ROGUIN, titulada *Las reglas jurídicas*, publicada en 1889 en Lausana, y se consolida, después, en ese país por mediación de autores como BOISTEL —*Filosofía del derecho*, 1889—, PERREAU —*Los derechos de la personalidad*, 1909— y NERSON —*Los derechos extrapatrimoniales*, tesis leída y publicada en Lyon en 1939—. En Alemania, sin olvidar a PUCHTA y a WINDSCHEID, parecen ser KOHLER y GIERKE los autores que rompen sus lanzas a favor del reconocimiento de derechos de la personalidad o derechos sobre la propia persona. En Italia, se ocupan de tales derechos, también a finales del siglo XIX, CAMPOGRANDE, CHIRONI y, sobre todo, FADDA y BENSÀ. En España, los civilistas del siglo XIX no se ocuparon del tema de los derechos de la personalidad. Incluso parecía verse la categoría con cierta desconfianza. Bien iniciada ya la primera mitad del siglo XX es que aparecen los primeros autores civilistas que se ocupan, siquiera sea sucintamente, de los bienes y derechos de la personalidad; en primer lugar VALVERDE, en segundo término SÁNCHEZ ROMÁN, y luego, sobre todo, Clemente DE DIEGO. Pero no es hasta 1952 que aparece allí, con la obra de CASTÁN TOBEÑAS, una visión moderna y acabada de los derechos de la personalidad. No obstante, concluye ROGEL VIDE que, por encima de los avatares históricos y de los emplazamientos fluctuantes dentro de la disciplina, una cosa es cierta: el tema de los bienes y derechos de la personalidad es tema de derecho civil que implica tensión entre particulares, y ello lo distingue de los derechos humanos y de los derechos fundamentales.³

Tradicionalmente se deslindaba la diferencia entre derechos fundamentales y derechos de la personalidad tomando en cuenta frente a quién se ejercitaban. El sujeto pasivo de los derechos fundamentales lo era el Estado, que no puede violar una esfera reservada a la persona y debe respetarla, procurando su fortalecimiento y actuación. Si el derecho de la persona, reconocido en la ley fundamental, era desconocido o lesionado por los poderes públicos, se entendía que era violado un derecho fundamental. Los derechos inherentes a la personalidad,

² Toda *iniuria*, según ULPIANO, o bien se hace al cuerpo o atenta contra la dignidad y contra la fama. Se hace al cuerpo cuando se golpea a alguien; atenta contra la dignidad cuando se quita el acompañante a una señora, y contra la fama cuando se ataca al pudor. *Cit. pos.* GARCÍA LÓPEZ, R. *Responsabilidad por daño moral. Doctrina y jurisprudencia*, Bosch, Barcelona, 1990, p. 29.

³ ROGEL VIDE, C. "Origen y actualidad de los derechos de la personalidad", en *Estudios de derecho civil. Persona y familia*, Reus, Madrid, 2008, pp. 19-21.

por su parte, se esgrimen frente a los particulares, frente a todas las personas que están ubicadas en una situación jurídica de deber con respecto a cada titular de aquéllos.

Esta noción clásica no se mantiene incólume, pues hoy se entiende que los derechos fundamentales tienen también eficacia horizontal, pudiendo quedar obligados por ellos no únicamente el Estado, sino además los particulares.⁴ No obstante, los derechos fundamentales enuncian clásicamente una relación individuo-Estado y pertenecen al ámbito del derecho público, que pone su acento en la fundamentación ética, filosófica y política de las prerrogativas reconocidas al individuo, mientras que los derechos de la personalidad se mueven en el ámbito de las relaciones interpersonales y se resguardan mediante mecanismos propios del derecho civil, esto es, mediante la exigencia de responsabilidad jurídica civil cuando tales derechos sufren una intromisión ilegítima o cualquier menoscabo, ya sea una afectación con incidencia económica o puramente moral.

BELTRÁN DE HEREDIA⁵ distingue los derechos del hombre, fundamentales cuando integran el elenco constitucional, entendiéndolos que marcan relaciones de derecho público que protegen derechos esenciales del individuo contra el arbitrio del Estado, mientras que los derechos de la personalidad, aun teniendo ese mismo carácter, son tomados desde el ángulo del derecho privado, como relaciones entre particulares. Se trata de defender estos derechos no contra la acción de la autoridad, sino contra los atentados de nuestros semejantes. Se trata, en definitiva, como apunta ROGEL VIDE,⁶ de derechos que tienen similar objeto, pero con orígenes históricos diversos, con emplazamientos diferenciados dentro del derecho como sistema, que se mueven en ámbitos no exactamente coincidentes y que se protegen desde perspectivas distintas. En sentido similar se pronuncia RAPA ÁLVAREZ⁷ al referirse al tratamiento de los derechos inherentes a la personalidad en nuestro Código Civil, señalando que se han instituido para proteger los mismos intereses en que se fundamentan las libertades públicas, pero en sede de relaciones entre sujetos que actúan en plano de igualdad, no entre sus titulares y las entidades públicas como el Estado, pues de éstas se ocupan otras ramas de la legislación como la constitucional o la penal.

Vale destacar, no obstante, que no se trata de conceptos excluyentes ni existe entre ellos una absoluta y tajante delimitación, cual si pertenecieran a

⁴ Vid. DE DOMINGO PÉREZ, T. "El problema de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales desde una perspectiva histórica", en *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. 1, No. 1, julio de 2006, pp. 291-301.

⁵ Vid. BELTRÁN DE HEREDIA y CASTAÑO, P. *Construcción jurídica de los derechos inherentes a la personalidad*, Discurso de recepción en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación, Madrid, 1976, p. 90.

⁶ Vid. ROGEL VIDE, C. "Origen y actualidad...", *op. cit.*, pp. 22-24.

⁷ RAPA ÁLVAREZ, VICENTE. "La relación jurídica. Categoría esencial en el nuevo Código Civil", en *Revista Jurídica*, UNIC, La Habana, año VI, No. 19, abril-junio de 1988, p. 136.

compartimentos estancos incommunicables. Se trata de derechos entre los cuales debe fluir una constante interconexión, una recíproca influencia, por cuanto ambos pretenden proteger los bienes supremos del hombre. Los derechos de la personalidad constituyen materia indudablemente civil, a través de la cual se les ofrece una defensa adecuada a su función y se les provee de medios sancionadores si resultaran objeto de lesión por otras personas naturales o jurídicas, ubicadas en un plano de igualdad. Empero, ello no implica que desmerezcan una tutela constitucional, en tanto derechos esenciales para el desarrollo pleno de la personalidad humana. Así, la remisión al texto constitucional no es errática *per se*; puede ser apropiada si allí se acotan tales derechos y si a través de él afloran pautas para la hermenéutica general de otros preceptos de menor jerarquía, tomando en cuenta el sistema axiológico que lo informa, conformado no sólo por los valores⁸ o enunciados teleológicos que cada sociedad en un momento histórico determinado tiende a proteger y preservar, sino además por la vinculación armónica del conjunto de sus fines, principios, derechos y los bienes jurídicos existentes dentro del orden constitucional.

En nuestros días, es comúnmente aceptada la importancia de los derechos inherentes a la personalidad y su pertenencia al derecho civil, lo que no desdice que también sean tratados desde otra óptica por el derecho público, que además tiene el mérito de haber iniciado su protección y garantía al proclamar el respeto a la persona, sus derechos y libertades. Son considerados derechos que producen eficacia general o *erga omnes*, pues generan en todos los demás un deber de respeto a la persona y sus atributos. Advierten Díez-Picazo y Gullón, siguiendo a Giampiccolo, que hoy los derechos de la personalidad se van tipificando en los ordenamientos jurídicos, si bien ello no agota necesariamente todos los aspectos que concurren en aquélla, debiendo alcanzar su protección a todas las legítimas expectativas de respeto que el hombre puede esperar en relación con el tiempo en que vive, con las razonables limitaciones que conlleva la convivencia humana y con las restricciones que exige el interés colectivo.⁹

Dentro de los derechos inherentes a la personalidad, ocupa un lugar especial el *derecho a la vida*, indudablemente el bien básico de la persona, fundamento y asiento de todos los demás derechos. Su contenido se refiere a la preservación y disposición de la propia vida, así como el respeto a la vida de los demás seres humanos. Albaladejo¹⁰ lo define como:

⁸ Para un estudio más detallado de la teoría de los valores en el derecho constitucional cubano, que desborda los objetivos de estos comentarios, *vid.* VILLABELLA ARMENGOL, C. "La axiología de los derechos humanos en Cuba", en *Temas de derecho constitucional cubano*, Félix Varela, La Habana, 2002, pp. 291-300.

⁹ Díez-Picazo, L. y Gullón, A. *Sistema de derecho civil*, 8a. ed., Tecnos, Madrid, 1994, vol. I, p. 338.

¹⁰ ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho civil*, t. I: *Introducción y derecho de la persona*, Bosch, Barcelona, 2002, p. 501.

Derecho básico de la personalidad [...] que corresponde a cada hombre respecto a la suya. En virtud del mismo, éste se encuentra facultado para impedir (aunque *de facto* no siempre lo consiga) no sólo la producción de los hechos que, sin duda, le producirían la pérdida de aquélla, sino, también, la de los que le pondrían en determinado peligro especialmente próximo de tal pérdida.

En cuanto al primer aspecto, contenido positivo del derecho, se entiende garantizado con el derecho a la subsistencia y a la salud; opera como causa de justificación de los actos dirigidos a preservar o salvar la vida, que pueden constituir legítima defensa o estado de necesidad, considerados eximentes de responsabilidad tanto penal como civil. Se puede arriesgar o poner en peligro la propia vida, sobre todo cuando la causa del riesgo se encuentra en fines altruistas, patrióticos o religiosos, pero si se hace como efecto de un contrato que obliga a realizar prestaciones que llevan implícito ese riesgo, entran en juego los límites de la autonomía de la voluntad para contratar a fin de decidir en cada caso si el contrato debe considerarse o no válido.¹¹

El derecho a la vida se traduce también en un poder de disposición que la persona ejerce sobre su propia existencia, aunque no sea de forma total, pues su formulación en tales términos legitimaría el suicidio y el consentimiento prestado al homicidio cometido por otro, conductas que son rechazadas por la moral y la ética, así como por la mayoría de las legislaciones modernas.¹² La libertad en este sentido debe tener determinados límites, pues el hombre, como titular de la vida, no es únicamente un ser biológico, su vida no posee un valor puramente individual, sino también familiar y social, no sólo en el orden material sino también afectivo, filosófico y espiritual. Se admite, sin embargo, que el derecho se ejercite para decidir rehusar tratamientos médicos o para ponerles fin, aunque ello previsiblemente conduzca a la muerte, pero si tal situación involucra a otras personas pueden considerarse conductas relacionadas con la eutanasia, práctica generalmente rechazada por los ordenamientos jurídicos.¹³

¹¹ Nuestro Código Civil no se pronuncia en este sentido, pero las legislaciones extranjeras que se han ocupado de estos supuestos consideran que son inexigibles las obligaciones derivadas de contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de la persona, de manera que, aun siendo el contrato válido, no existe acción de cumplimiento por parte del acreedor.

¹² Sin embargo, debe quedar claro que la posición del derecho frente a las conductas antes mencionadas no tiene en ambos casos el mismo fundamento. No es el derecho de la persona a disponer de su vida, a decidir cuándo y cómo poner fin a su existencia, lo que conlleva a la erradicación del suicidio como tipo penal, sino lo absurdo que sería aplicar una pena como castigo a una conducta infractora que produce como consecuencia la extinción del propio sujeto y de su personalidad jurídica. Inducir o cooperar al suicidio de otro, por el contrario, aun admitiendo que sólo la vida libremente deseada por su titular pueda merecer el calificativo de bien jurídico protegido, es algo que sí debe considerarse delito y como tal ser penado.

¹³ Holanda, Australia y algunos estados norteamericanos aceptan abiertamente la práctica médica de la eutanasia sin que se penalice, mientras en Francia, España y otros Estados europeos se reconoce como delito contra la vida

Así, con el suicidio no se configura un delito,¹⁴ pero el hecho de que no esté penalizado tampoco quiere decir que constituya un derecho, pues un tercero puede evitar que se cometa tal acción. Empero, sí constituye delito el auxiliar o inducir a otro al suicidio,¹⁵ pues con dicho actuar se contribuye efectivamente a quitarle la vida a otra persona.¹⁶ Es en este aspecto donde se inserta la eutanasia,¹⁷ que puede constituir una forma de auxilio al suicidio.

En cuanto al contenido negativo o de exclusión de este derecho, existe un deber general de respeto a la vida de los demás. Cuando se arriesga indebidamente la vida de otro, ello puede generar obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados. Si ese riesgo es resultado de la actividad médica, ya sea por intervenciones quirúrgicas, ensayos clínicos u otros procedimientos, debe partirse del consentimiento informado, respetando los derechos de la persona y los postulados éticos que afecten la actuación biomédica. En el caso específico del trasplante de órganos *inter vivos*, una persona sana es la que se somete a la cirugía, poniendo en riesgo su propia vida. Puede suceder, incluso, que la intervención quirúrgica resulte exitosa, pero con el transcurso del tiempo la persona que dio su órgano, por ejemplo un riñón, sufra serios problemas de salud. Esta acción, sin embargo, se justifica precisamente por el carácter altruista que tiene. No obstante, la información que brinde el médico tiene que ser más refinada y clara. Sólo si la persona que está dispuesta a dar sus órganos entiende perfectamen-

humana independiente, con una pena muy reducida. En América Latina, Uruguay, Venezuela y Colombia son los países que con mayor celeridad han incorporado a sus legislaciones preceptos que pueden identificarse en alguna medida con la eutanasia. En Cuba no están legalizadas las conductas eutanásicas.

¹⁴ "Las razones para discriminar al suicidio como constitutivo de delito son: a) al morir queda sin sujeto la pena, y las medidas que se tomaban sobre el cadáver (horca, mutilación, sepultura vergonzosa, etcétera) acusan un primitivismo hoy inaceptable; b) es imposible, además, la comisión de un delito contra sí mismo; c) como acción preventiva no tiene éxito, pues de pensarse la tentativa de suicidio, el suicida perfeccionaría los medios para no quedar con vida, ya que de lo contrario podrá tener que soportar, además de decepción vital, una grave sanción; d) la pena sobre el patrimonio relicto, los testamentos, etcétera, harían pagar a justos por pecadores, ya que nada tienen que ver los parientes con la acción suicida, y e) difícilmente puede asegurarse que el suicida estaba en su sano juicio, sospechándose con la muerte provocada un desequilibrio posible". CIFUENTES, SANTOS. *Elementos de derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 1999, p. 62.

¹⁵ Código Penal cubano, artículo 266: "El que preste auxilio o induzca a otro al suicidio, incurre en sanción de privación de libertad de dos a cinco años".

¹⁶ ALBALADEJO, MANUEL. *op. cit.*, p. 501.

¹⁷ La eutanasia puede ser clasificada de distintas formas. Según el *Glosario de bioética*, "el uso contemporáneo del término suele ser ambiguo, y los calificativos se utilizan para hacer más claro el sentido que se pretende. Así, eutanasia 'activa' se refiere al asesinato directo de un paciente y, como es típico, difiere de la eutanasia 'pasiva', que supone la renuncia a tecnologías médicas con el fin de permitir que el proceso subyacente siga su curso natural. La eutanasia 'voluntaria' (ya sea activa o pasiva) significa que la acción se emprende por orden del paciente, y debería ser diferenciada de la eutanasia 'no voluntaria', en la que el paciente no ha hecho tal exigencia o es incapaz de hacerla, y la eutanasia 'involuntaria', en la cual la acción se realiza en contra de los deseos del paciente. Eutanasia 'exterior' es la terminación directa de la vida, eutanasia 'interior' es la preparación espiritual para la muerte". TORRES ACOSTA, RAFAEL. *Glosario de bioética*, Félix Varela, La Habana, 2001.

te las consecuencias de su actuar, podrá emitir un consentimiento informado verdadero. Es por ello, también, que los psicólogos forman parte del proceso de información, para verificar que realmente estas personas estén conscientes de las implicaciones del acto que van a realizar.¹⁸

Si efectivamente se priva de la vida a otra persona se configuran los delitos de homicidio o asesinato, tipificados y sancionados con severidad en los códigos penales, amén de la responsabilidad civil que tales delitos pueden acarrear. La sanción penal, empero, resulta insuficiente como garantía para la protección de los derechos inherentes a la personalidad, pues normalmente se encamina a castigar al vulnerador por la peligrosidad social de su conducta, sin que cuente con los medios necesarios para evitar la intromisión o lesión en concreto ni para asegurar la recuperación y el disfrute de los derechos por parte del afectado; de ahí la importancia de la protección civil como proveedora del resarcimiento o indemnización que correspondan en cada caso. Al decir de HUALDE SÁNCHEZ,¹⁹ la insuficiencia de la protección a esos derechos desde el ámbito público, que sólo se daba, por un lado, frente a los ataques más graves, los delitos penales, y, por otro, únicamente frente a la actuación del Estado, es lo que ha provocado que la protección de la persona haya sido desarrollada desde la perspectiva y con la técnica del derecho civil, amparando a aquélla frente a las agresiones de sus iguales y regulando remedios al mismo nivel por el cauce de los derechos de la personalidad.

A) ¿Cuándo debe reconocerse la personalidad y los derechos inherentes a ella?

No existen enconadas discusiones en la actualidad en torno al reconocimiento de la personalidad y los derechos inherentes a ella, pero sí es ardua la polémica acerca del momento a partir del cuál debe materializarse en las normas jurídicas ese reconocimiento. Se ha pretendido dar respuesta a esta inquietud desde diferentes posiciones doctrinales, que han dado lugar a variadas teorías,²⁰ desde el

¹⁸ El riesgo se disminuye, también, en la medida que se imponen límites a los tipos de órganos, tejidos y células que pueden ser dados y por la determinación de las condiciones clínicas en las que se puede proceder a la ablación de éstos. Los órganos únicos y que no pueden regenerarse bajo ningún concepto pueden ser objeto de ablación. En ese caso, más que poner en riesgo la vida se estaría cometiendo un homicidio, ya que la persona sin ese órgano no puede seguir con vida, siendo el ejemplo más significativo el del corazón.

¹⁹ Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. J. "Los derechos de la personalidad", en PUIG FERRIOL, L. *et al.*, *Manual de derecho civil*, Marcial Pons, Madrid, 1997, t. I, p. 332.

²⁰ Vid. CLEMENTE DÍAZ, T. *Derecho civil. Parte general*, ENPES, U.H., La Habana, 1983, t. I, Primera Parte, pp. 202-207. Destacan la teoría de la concepción, la teoría del nacimiento, la teoría de la viabilidad, y la teoría ecléctica, que mezcla

derecho romano hasta nuestros días. No ha sido pacífica la cuestión en ningún tiempo, arreciada la confrontación en la actualidad, producto de la irrupción y despliegue de técnicas de reproducción humana asistida y otros adelantos científicos que permiten estudiar, experimentar y realizar múltiples procedimientos en el producto de la concepción, ya sea éste resultado del natural acoplamiento de hombre y mujer, o se haya obtenido con intervención médica en la procreación, dentro o fuera del útero femenino.

El artículo 24 del Código Civil cubano establece el reconocimiento de la personalidad a toda persona, destacando que comienza con el nacimiento y se extingue con la muerte; luego, el artículo 25 establece que el concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le resulten favorables, a condición de que nazca vivo, lo que evidencia que hay una mixtura en la regulación jurídica referente al reconocimiento de la personalidad. El nacimiento es condición imprescindible para que surja la personalidad; es el momento que marca su inicio, según dispone el artículo 24. Pero el concebido se protege jurídicamente al hacer que queden en situación de dependencia los derechos o relaciones que le resulten favorables, hasta en tanto llegue o no a ser persona y a tener personalidad.²¹

A mi juicio, si se reconoce personalidad al individuo, automáticamente estamos dando por sentada la existencia de los derechos que le son inherentes. Ellos constituyen, en definitiva, la expresión en el orden civil del reconocimiento de la dignidad humana. Siguiendo tal orientación de pensamiento, afirma LARENZ: “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es persona en sentido ético, un valor en sí mismo —no simplemente como medio para los fines de otro—, y en este sentido, una dignidad”.²² A través del genérico reconocimiento de la personalidad que hace nuestra principal ley civil, pueden entenderse acogidos *ex lege* tales derechos a partir del nacimiento con vida de la persona.²³

elementos de las anteriores. Esta última es la teoría más acogida por las legislaciones modernas, especialmente a partir de la codificación decimonónica.

²¹ Vale precisar que, en el caso de la persona natural o física, el nacimiento con vida determina el surgimiento de la personalidad; no es necesaria la inscripción en registro alguno para que se reconozca su comienzo. Normalmente, el nacimiento de la persona se inscribe en la sección correspondiente del Registro del Estado Civil, pero se trata en todo caso de una inscripción con efectos declarativos, no constitutivos, pues la persona existe, dotada de su atributo o cualidad esencial en el orden jurídico, esto es, la personalidad, desde la separación natural o artificial del claustro materno. Las copias de la inscripción expedidas por el registrador harán prueba de su existencia y acreditarán, convenientemente, su estado civil en cada una de las modalidades establecidas por la doctrina: individual o personal, familiar y político o de ciudadanía, pero en ningún caso tal estado civil incidirá en su condición de persona con personalidad.

²² *Cit. pos* GHERSI, C. A. *Derecho civil. Parte general*, Buenos Aires, Astrea, 1999, p. 115. Sin embargo, aunque los derechos de la personalidad dimanen de aquélla y están intrínsecamente conectados con su existencia, conviene regularlos separadamente para una cabal comprensión de su contenido y una mejor garantía de su adecuada protección.

²³ El Código Civil cubano omite a las relaciones personales puras en el enunciado de su objeto que hace en el

Ésta puede ser una vía de reconocimiento indirecto para aquellos casos, como el de nuestro Código y muchos otros decimonónicos, que no hacen referencia expresa a ellos, toda vez que reconocer la personalidad implica automáticamente reconocer los derechos inherentes a ella, de los que no puede desligarse. Los principios generales del derecho pueden servir también de pivote para la exigencia de respeto y el cese de toda perturbación, en su condición de informadores de la vida jurídica de la comunidad.²⁴

De lo dicho se deduce que, de acuerdo con la preceptiva del Código Civil cubano, si la personalidad se reconoce a partir del nacimiento con vida, también a partir de ese momento es que emergen a la palestra jurídica los derechos inherentes a ella, aunque se proteja la figura del concebido en cuanto a los efectos que le resulten favorables.

b) ¿Cuándo debe comenzar la protección jurídica a la vida humana?

La vida humana es valiosa *per se*, desde sus orígenes y hasta su conclusión, sin aditamentos o requisitos necesarios para que constituya el más preciado bien jurídico. La dignidad humana, como término ontológico, es el fundamento esencial y legitimador de la protección que el derecho dispensa a todas las personas, incluso durante la etapa anterior al nacimiento.

La protección al concebido no nacido tiene orígenes romanos, pero con un basamento más patrimonial que personal, pues se estableció para evitar las rigurosas consecuencias que podía acarrear en el orden sucesorio considerar estrictamente el momento del nacimiento como el que marca el surgimiento de la aptitud para adquirir derechos y deberes,²⁵ lo cual no significaba que al nacerlo

primer precepto y en el artículo 38, único referido a esta cuestión; tampoco enumera los derechos inherentes a la personalidad que protege, contentándose con una remisión a los "consagrados en la Constitución". Su posible regulación, en catálogo más o menos amplio, estuvo presente en varios anteproyectos (versiones de 1979 y de 1985) sin que definitivamente quedaran incluidos, desconociéndose la *ratio legislatoris* de su exclusión final, en un momento por demás caracterizado por su resurgir en la civilística internacional, estando incluso regulados en varios códigos civiles del entonces campo socialista, como el ruso y el checoslovaco.

²⁴ Vid. Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. *op. cit.*, p. 338. Apuntan estos reconocidos autores la eficacia de tal recurso seguido por el Tribunal Supremo español en la famosa sentencia del 6 de diciembre de 1912, que tuvo enorme influencia en otras posteriores sobre igual tema, permitiendo acordar la protección del honor con base en tales principios, señalando además que, del mismo modo, en Alemania Federal el Tribunal Supremo fue completando la insuficiencia del Código Civil en esta temática mediante un desenvolvimiento progresivo de los artículos 1 y 2 de la Ley Fundamental, que declaran, respectivamente, intangible la dignidad del hombre y el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

²⁵ Pensemos, por ejemplo, en los derechos del hijo póstumo en la herencia paterna. Si aquél estaba concebido cuando muere el progenitor, no podría heredarle al nacer posteriormente, porque uno de los requisitos de la sucesión *mortis causa* es la supervivencia del heredero al causante. Es precisamente este supuesto del hijo póstumo el que ha

se le considerara persona, y mucho menos que estuviera dotado de personalidad. De manera clara y terminante destacó PAPINIANO que “el parto que aún no ha sido dado a luz, no se dice con razón que sea un hombre”, y hasta tanto no se produzca el alumbramiento “él es parte de la mujer y de sus entrañas”.²⁶ No obstante, la ficción de tener al concebido por nacido también alcanzaba aspectos personales, pues se estableció una serie de normas tendente a garantizar que el nacimiento se produjera en su oportunidad.²⁷

La máxima romana de considerar al concebido como nacido para los efectos que le resultaran favorables se recepcionó por el derecho canónico y pasó también a las legislaciones posteriores, alcanzando a la codificación decimonónica. En el *Code Napoléon* de 1804 está presente tal regla y pasa de igual forma a todos los códigos europeos y americanos que reciben su influencia, incluyendo el Código Civil español, vigente en Cuba durante casi un siglo. Los códigos civiles de segunda generación también repiten la fórmula, manteniendo de modo casi unánime la protección al concebido.²⁸ Es innegable la actualidad de la regla, el *nasciturus* debe continuar siendo protegido por el derecho, toda vez que será, ocurrido el nacimiento con vida, el sujeto por excelencia de las normas jurídicas que organizan la convivencia social. Empero, la equiparación que establece nuestro Código Civil entre el concebido y el nacido no es total, es solamente parcial en cuanto a los efectos que le sean favorables, y además sometida a una *conditio iuris*, pues sólo tendrá lugar si nace vivo, según dispone el propio artículo 25, *in fine*.²⁹

dado lugar a la formulación de la regla general de protección al concebido y no nacido. Vid. DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *op. cit.*, p. 227.

²⁶ *Cit. pos.* DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E. *Derecho romano*, ENPES, La Habana, 1987, t. I, Segunda Parte, p. 7.

²⁷ Así, se prohibía el aborto, considerado delito tanto si se producía por la propia mujer en gestación como si era causado por otra persona; si la mujer en gestación avanzada fallecía, se ordenaba la práctica de la cesárea para extraer con vida al hijo del claustro materno; se posponía la ejecución de la mujer gravida hasta después del alumbramiento para proteger la vida del nuevo ser. Vid. DIHIGO Y LÓPEZ TRIGO, E. *op. cit.*, pp. 8-10.

²⁸ Así, el vigente Código italiano repite la regla de su predecesor de 1916, aunque refiriéndose no a la personalidad sino a la capacidad jurídica, señalando en su artículo 1 que “*La capacità giuridica si acquista dal momento della nascita. I diritti che la legge riconosce a favore del concepito sono subordinate all'evento della nascita*”. El Código Civil portugués de 1966, por su parte, dispone en su artículo 66: “*1. A personalidade adquire-se no momento do nascimento completo e com vida. 2. Os directos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento*”. El Código Civil brasileño de 2002, en su artículo 2, establece: “*A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro*”. Vid. MORAES MELLO, C. y ARAÚJO ESTEVES FRAGA, T. et al., *O novo Código Civil comentado. Doutrina. Jurisprudência. Direito Comparado*, Freitas Bastos, Rio de Janeiro, 2003, pp. 5-7. En todos los anteproyectos del actual Código Civil cubano estuvo presente la protección al concebido, quedando recogido finalmente como aparece estipulado en el artículo 25.

²⁹ Además, alcanza sólo a los ya concebidos, no a los *nondum conceptos* o *concepturus*, que escapan a la protección dispensada por el precepto, aunque la doctrina admite que se les puedan reservar derechos por vías más o menos indirectas, como la donación con cláusula de reversión a favor de un tercero o el nombramiento de heredero utilizando la técnica de la sustitución fideicomisaria, retrasando el momento de la atribución hasta el momento en que el no concebido haya nacido. Vid. HUALDE SÁNCHEZ, J. *op. cit.*, p. 123.

Ante el resurgimiento de la connotación que el derecho civil ofrece a los aspectos personales de su contenido, la máxima protectora del concebido adquiere singular significación y debe extenderse no sólo a los efectos que inciden en el ámbito económico, sino también a aquellos otros, previstos ya por el derecho romano, que tienden a la protección de la vida y demás atributos de la persona humana. Debe considerarse como efecto favorable al concebido todo aquello que resulte beneficioso para él, no sólo en el orden patrimonial, como las adquisiciones basadas en títulos no onerosos, sino también en la esfera no patrimonial, en cuanto al respeto a su integridad y a sus atributos como futura persona.

Amén de otros efectos favorables al concebido en la esfera no patrimonial, un aspecto particularmente polémico es el relativo al derecho a la vida. Las posiciones doctrinales y las soluciones legislativas son diversas, si bien es apreciable la tendencia a favorecer la vida humana, sobre todo a instancias de concepciones éticas y religiosas, que han encontrado cabida en algunos códigos civiles, como el argentino, que postula en su artículo 70 el comienzo de la existencia de la persona natural desde la concepción, aun cuando la propia ley señala que esa existencia está condicionada al hecho cierto del nacimiento con vida, pues si el concebido muriese antes de estar completamente separado del claustro materno se considerará como si nunca hubiese existido, a tenor de lo dispuesto por el artículo 74.³⁰

Señala CASTIELLA RODRÍGUEZ que “si no se entiende —por ejemplo— incluido el derecho a la vida, que es condición indispensable para la titularidad o ejercicio de cualquier otro, no tiene sentido la inclusión de ningún otro efecto”.³¹ No obstante, cuando se habla del *nasciturus*, o concebido no nacido, se hace alusión al ente humano, entendido como el producto de la concepción en el periodo comprendido desde la fecundación hasta el instante anterior a su separación definitiva del útero materno, incluyendo tanto la fase inicial embrionaria como el estadio fetal que prosigue, hasta llegar al alumbramiento. El concepto jurídico de persona, por su parte, se presenta vinculado al hecho del nacimiento, porque su existencia presupone el establecimiento de vínculos determinados que exceden su ámbito único o individual para conectarse con las demás personas que integran la organización social. Por ello, antes del nacimiento no es posible hablar de persona en sentido jurídico, pues el concebido no se vincula con el exterior *per se*, sino exclusivamente a través de la madre.³² Así, el embrión de-

³⁰ Vid. CIFUENTES, S. y LEYVA FERNÁNDEZ, L. *Código Civil comentado y anotado*, La Ley, Buenos Aires, 2006, artículos 70 a 78, pp. 33 y 34.

³¹ CASTIELLA RODRÍGUEZ, JOSÉ J. “La persona, el estado civil y el registro civil. Primera parte. La persona en general”, en DELGADO DE MIGUEL, JUAN F. *et al.* (coords.). *Instituciones de derecho privado*, Civitas, Madrid, 2003, t. I, vol. 2, p. 38.

³² Vid. PLANIOL, MARCEL. *Tratado elemental de derecho civil*, Cajica, México, 1946, vol. III, p. 195.

pende biológicamente de la mujer que lo porta en su útero o del mantenimiento de condiciones especiales necesarias en caso del embrión *in vitro*. No es persona y por tanto no está dotado de personalidad jurídica, pero tampoco puede considerarse una simple cosa o bien, pues, sin duda, el embrión humano merece particular consideración y su estatus en el derecho tiene naturaleza especial.

En esa línea de pensamiento, BONILLA SÁNCHEZ³³ afirma: “El *nasciturus*, al carecer de los requisitos del artículo 30 del Código Civil [español], no es titular de los derechos fundamentales, aunque su vida y su seguridad sean bienes jurídicos protegidos constitucionalmente, por lo que se rechaza la posibilidad del aborto libre y sólo se despenalizan determinados supuestos de interrupción voluntaria del embarazo”. Añade que, respecto al *nasciturus*, la vida humana se entiende como un proceso biológico previo al nacimiento, es sólo un bien constitucionalmente protegido, pero su portador, sea embrión o feto, no es titular de derechos fundamentales.

CASTIELLA RODRÍGUEZ, por su parte, sostiene que la cualidad de lo personal no es resultado de un desarrollo, sino estructura característica de un desarrollo que mantiene una unidad a través del tiempo. Por ello considera válida, útil e ilustrativa una nueva categoría que se suma a las clásicas en materia de persona, en sede civil: la *personalidad*. La personalidad, al decir de ZUBIRI,³⁴ alude a la figura que resulta de la realidad humana en sí misma durante su ciclo de vida, constituyendo no un punto de partida sino un término progresivo del desarrollo vital que experimenta el ser humano; la *personalidad*, en tanto, implica el carácter estructural de la persona como punto de partida de su desarrollo, precedente a la existencia misma de la personalidad.

2. Los derechos sexuales y reproductivos

Los derechos sexuales y reproductivos son considerados actualmente por algunos como derechos humanos,³⁵ que incluyen el derecho de toda persona a vivir y tener control sobre su sexualidad, incluida la salud sexual y reproductiva, decidiendo libre y responsablemente sobre estas cuestiones, sin coerción, discriminación y violencia. Tienen por base los principios éticos de autonomía, igualdad y diversidad, así como la integridad corporal. Su reconocimiento como

³³ BONILLA SÁNCHEZ, JUAN JOSÉ. *Personas y derechos de la personalidad*, Reus, Madrid, 2010, p. 234.

³⁴ ZUBIRI, X. *cit. pos.* CASTIELLA RODRÍGUEZ, JOSÉ J. *op. cit.*, pp. 19 y 20.

³⁵ Su incorporación al elenco de derechos humanos es relativamente reciente y no totalmente expresa en cuanto a tal denominación; se remonta a la Conferencia de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos celebrada en Viena en 1993, la Conferencia sobre Población y Desarrollo celebrada en El Cairo en 1994 y la Conferencia Internacional sobre la Mujer, realizada en Beijing en 1995.

derechos inseparables de la condición de persona no ha implicado su inmediata incorporación a los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones, ni tampoco al elenco de los derechos inherentes a la personalidad usualmente enumerados en las normas civiles, pero así debe ocurrir, en tanto son derechos inalienables vinculados esencialmente al ser humano, constituyendo una legítima expectativa de respeto a su dignidad.³⁶

Estos derechos se vinculan e interrelacionan, aunque no se identifican plenamente, si bien hoy en día tanto sexualidad como reproducción se encuentran comprendidas en una concepción integral de la salud. De una parte, es indiscutible que la esfera sexual constituye un factor determinante en el desarrollo de la personalidad, y como tal es parte de la dignidad inherente a todo individuo; no es una dimensión secundaria de la vida humana sino que pertenece íntimamente a su constitución, y toda persona tiene derecho a vivirla plenamente con entera libertad, con el normal acotamiento que establecen las leyes con base en la moral social imperante y con el valladar individual que establece la moral de cada quien. Los derechos sexuales atribuyen una situación jurídica de poder a la persona para que pueda vivir y tener control sobre su sexualidad, incluyendo la posibilidad de pedir y obtener información sobre estos temas, así como sobre los cuidados preventivos y curativos necesarios para mantener la salud en esta esfera.

Por otra parte, en estrecha comunión con lo anterior, las personas tienen derecho a decidir en sentido positivo o negativo sobre su reproducción, es decir, pueden tomar partido respecto a ellas mismas sobre la aplicación de medidas de anticoncepción o contracepción, tratamientos seguros para fertilidad, infertilidad, información actualizada sobre medicamentos, tecnologías y tratamientos médicos, en función de la procreación. La titularidad de este derecho no distingue, o no debe distinguir, entre sexos, géneros, razas o aptitudes de cualquier naturaleza, no vale discriminación de ningún tipo, debe reconocerse a todos por igual. Sin embargo, el derecho a la procreación no es ilimitado, como no lo es ningún derecho subjetivo; su límite esencial está en el derecho de los demás, especialmente en los potenciales derechos del niño a procrear.

La procreación natural es un acto de dos, resultado de las relaciones heterosexuales entre personas aptas biológicamente para reproducirse. Pero la madurez biológica no siempre está acompañada de la correspondiente aptitud psíquica. El ejercicio del personalísimo derecho a procrear, para que constituya expresión de dignidad humana, debe combinarse con la paternidad y la mater-

³⁶ Vid. MINYERSKY, NELLY. "Derechos sexuales y reproductivos: el aborto legal y seguro", en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA y PÉREZ GALLARDO, LEONARDO B. (coords.). *Nuevos perfiles del derecho de familia. Libro homenaje a la profesora Dra. Olga Mesa Castillo*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2006, pp. 139 y ss.

nidad responsables. Cuidar y estimular el crecimiento de los hijos en todas las dimensiones debe constituir el centro de atención de los padres, atentos a sus múltiples necesidades en todos los órdenes; no basta contemplar cómo crecen y se desarrollan, cómo amplían sus horizontes por ellos mismos, hay que trazar el camino y ayudarlos a andar por él, lo que constituye no sólo un desafío que proporciona grandes alegrías, también una pesada carga no pocas veces.

Las personas dotadas biológicamente para procrear, que mantienen una práctica heterosexual en ejercicio de los derechos antes mencionados, sin el uso de medios de control de la natalidad, tendrían una alta probabilidad de engendrar hijos. Pero tener hijos, como ya se apuntó, no debe verse sólo como un derecho, sino más como un deber hacia ellos; no se ostenta sobre los hijos un poder o un señorío inmediato y absoluto, no existe un derecho subjetivo al hijo, el hijo es un fin en sí mismo. Por tanto, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural, que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos.

A) ¿Existe un derecho a decidir libremente la maternidad?

La gestación humana ocurre en el interior del cuerpo de la mujer; esta afirmación es cierta incluso cuando se acude a las técnicas de reproducción asistida, pues aun cuando se realice la fecundación del óvulo *in vitro*, el embrión debe ser transferido al útero femenino para que anide y continúe su desarrollo hasta el momento del nacimiento. Frente a esa innegable realidad biológica, es común que se escuchen expresiones que enaltecen a la mujer como hacedora de vida, como artífice principal en la creación y perpetuación de la especie humana. Surgen voces, además, que propugnan un derecho relativo únicamente a las mujeres, que es el derecho a la autodeterminación en materia de maternidad y, consecuentemente, del aborto.³⁷

En mi opinión, decidir la maternidad integra los derechos sexuales y reproductivos que deben reconocerse a la mujer, tanto en sentido positivo como negativo. En relación con la reproducción natural, las féminas deben tener la facultad de decidir respecto al embarazo o la anticoncepción; el método que utilizarán; el número de hijos que tendrán y el intervalo entre ellos; la facultad de elegir figura paterna, y la facultad de exigir y recibir atención médica durante el embarazo y el parto. No obstante, debe tenerse en cuenta que la maternidad

³⁷ Vid. FERRAJOLI, LUIGI. *Derechos y garantías (La ley del más débil)*, Trotta, Madrid, 1999. Cit. pos. MINYERSKY, NELLY. *op. cit.*, p. 139.

tiene como contrapartida la paternidad, pues la mujer no concibe un hijo sola: la concepción es resultado de la fusión del material genético femenino y masculino, por lo que debe ser algo deseado también por el hombre, que a su vez tiene derecho a elegir la figura materna que quiere para sus descendientes; por tanto, ambos miembros de la pareja deben participar en igualdad de condiciones en la planificación familiar. Valorar la maternidad como un derecho autónomo, separado de la paternidad, un derecho exclusivo de la mujer, podría conducir a la discriminación inversa, concediendo un poder excesivo de *vitae et necis*, al viejo estilo de la Roma patriarcal, reconocido ahora en cabeza de la madre. Pienso que del mismo modo que resulta inaceptable que se imponga la maternidad a la mujer, ya sea mediante coacción, amenaza, engaño o violencia, debe ser inadmisibles la imposición de la paternidad, en virtud de los mencionados principios de igualdad y libertad o autonomía.

No obstante, es natural discernir, en el sentido literal de la expresión,³⁸ que la mujer compromete mucho más que el hombre en el proceso de generar vida, tiene un *prius* más allá de cualquier derecho, que es reflejo de una potencia natural inherente a la diferencia femenina. El rechazo de la mujer a la maternidad compromete la vida del hijo, especialmente durante la etapa prenatal, que se desarrolla en su propio cuerpo. La integridad corporal femenina se afecta con el embarazo y el parto.

Si la mujer está casada o sostiene una unión consensual estable y singular, es común que la decisión de convertirse en madre provenga de un acuerdo con el esposo o compañero; muchas veces se desea el hijo, se planifica en armonía y se espera con ilusión y responsabilidad; a veces no se ha pensado en su llegada y sorprende, es resultado de la imprevisión o el descuido, pero igual se asume con amor y se tiene la madurez suficiente para enfrentar el rol de padres. Otras veces, lamentablemente, a pesar de ser el resultado de un apareamiento sexual consentido entre dos, no se llega al acuerdo: uno de los miembros de la pareja rechaza la idea de ser padre o madre y quiere que se interrumpa el embarazo. Si el hombre decide no asumir su rol de padre, abandona a la grávida y con ello al futuro hijo, pero esa decisión no compromete directamente la vida del concebido; si es la mujer quien toma la decisión de no continuar la gestación, tomando como base su libertad y su derecho a la integridad corporal, tal decisión conduce al aborto, de lo que se infiere que su papel en este sentido es mucho más trascendente.

³⁸ El vocablo "discernir" tiene su origen en el prefijo "dis" y el verbo latino "cerniré", un verbo de raíz agrícola que originalmente describía la acción de tamizar el grano para apartarlo de la paja, y con el tiempo adquirió el sentido de "divisar", de "distinguir con inteligencia", y "manifestarse" algo. Vid. RABINOVICH-BERKMAN, RICARDO. *Derecho civil. Parte general*, Astrea, Buenos Aires, 2000, pp. 569 y 570.

Si se trata de mujeres solas, amén del rechazo que pudieran sufrir en algunas sociedades, considero que están en su derecho de decidir respecto a la maternidad, en sentido positivo o negativo, siempre con responsabilidad y tomando en cuenta el interés superior del niño. La decisión de la mujer de enfrentar sola la maternidad es una de las vías que conduce a la constitución de las llamadas familias monoparentales,³⁹ reconocidas hoy por el derecho en casi todas las latitudes como familias con iguales derechos a las clásicas biparentales.⁴⁰ La maternidad en solitario, cuando provenía de una decisión autónoma de la mujer, sufrió el rechazo social y, consecuentemente, del derecho durante largo tiempo; los hijos habidos fuera de matrimonio eran considerados ilegítimos y tenían una posición inferior.

La ampliación de la base social de procedencia de las mujeres que afrontan solas su maternidad, cada vez más formadas e independientes en el orden económico y personal, ha eliminado el antiguo estigma de la marginalidad que signaba a esas familias monoparentales. Así, la presencia amplia y activa de la mujer en el mercado de trabajo y su independencia económica han favorecido la toma de decisiones en cuanto a su vida personal y familiar. De igual modo, hoy el principio de igualdad consagrado en casi todas las Constituciones exige el reconocimiento de la igualdad de los hijos, con independencia de su filiación matrimonial o no, superando cualquier discriminación en este orden.

En el caso de mujeres que padecen alguna discapacidad, el entorno familiar sigue oponiendo una fuerte resistencia para reconocer su papel de esposas y madres, aunque paradójicamente muchas mujeres con discapacidad, representadas en el imaginario social como personas débiles y dependientes, se convierten en cuidadoras de madres y padres ancianos, de sobrinos y otros familiares. Por otra parte, el personal médico desaconseja de forma sistemática los embarazos por considerarlos “de alto riesgo”, ocultando su desconocimiento profesional para tratar a una mujer con discapacidad en esa situación, temor que se manifiesta también en el momento del parto con la práctica generalizada de cesáreas, en la mayoría de los casos innecesarias.⁴¹ La posibilidad de formar una familia no se plantea como algo libremente elegido, ya que se da por supuesto que las

³⁹ Definidas como aquellas que están formadas por el padre o la madre con sus hijos, con independencia de que éstos sean adoptados, fruto de una relación matrimonial anterior o hayan sido concebidos fuera del matrimonio. Su rasgo básico es que la responsabilidad del hogar recae sobre una sola persona, la mayoría de las veces una mujer. Vid. VELA SÁNCHEZ, ANTONIO J. *Las familias monoparentales*, Comares, Granada, 2005, p. 9.

⁴⁰ Familia conformada por un núcleo que tiene su base en el matrimonio, a partir del cual se cumple la función reproductora y se comparten las responsabilidades del hogar. La definición se extiende hoy a las familias que tienen como base una pareja estable y singular, aunque no esté casada. *Ibidem*, p. 5.

⁴¹ Vid. *Manifiesto de las mujeres con discapacidad. "Por nosotras y nuestras familias"*, disponible en: http://www.imagina.org/archivos/MANIFIESTO%20Mujeres_2004.doc [consultado: 2 de marzo de 2005].

mujeres con discapacidad no pueden tener pareja y formar una familia, en cualquiera de sus modalidades posibles, pues no cumplen con el estereotipo ideal de mujer que impera en la actualidad. Igual línea de pensamiento y acción se reitera cuando estas mujeres pretenden participar en programas de fertilidad o deciden adoptar.⁴²

En relación con las técnicas de reproducción humana asistida, se ha entendido mayoritariamente que su ámbito de aplicación debe reducirse a parejas heterosexuales unidas en matrimonio o unidas de forma estable y singular con imposibilidad de procrear de forma natural, y sólo en casos excepcionales debe extenderse a mujeres solas.⁴³ Se requiere el consentimiento informado⁴⁴ de ambos miembros de la pareja para la aplicación de estas técnicas, que resulta trascendente porque incide en la determinación de la maternidad y la paternidad.

Especial connotación tiene la aceptación expresa del hombre en cuanto a la utilización de las técnicas de reproducción asistida, pues la filiación paterna se determinará de acuerdo con ella, exista o no vínculo biológico entre el padre y el nacido (recordemos que la inseminación puede realizarse con semen de donante y que la fertilización *in vitro* también puede producirse de esa forma). En consonancia con lo anterior, se trata de dilucidar si sería prudente y legalmente aceptable la utilización de técnicas de reproducción asistida luego de la muerte de alguno de los miembros de la pareja que ya había iniciado tratamiento, o incluso antes de comenzado el mismo si el miembro superviviente lo solicita. Como regla, se entiende que no debe admitirse la fecundación *post mortem* tomando

⁴² Empero, debe señalarse que en caso de discapacitados que padecen deficiencias mentales o intelectuales severas o profundas, tomando como base la responsabilidad que deben asumir los padres y el interés superior del niño, resulta aconsejable la esterilización, propiciando con ello que puedan vivir con mayor plenitud y libertad su sexualidad. Vid. LANDESTROY MÉNDEZ, PEDRO L. *La esterilización de las personas con discapacidad intelectual*, Trabajo de Diploma, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana.

⁴³ Sin embargo, en Estados Unidos se ha desarrollado una fundamentación del derecho a procrear que parte de reconocer que éste es un derecho que corresponde a todas las parejas o personas, estériles o no, que les permite procrear de manera natural según su voluntad o acceder a cualquiera de las técnicas de fecundación artificial. Con ello se ha dado lugar a una corriente de pensamiento que defiende la existencia de una nueva filiación, basada en la llamada voluntad procreacional, desvinculada del factor biológico y de la unión sexual, tomando como base para determinar la maternidad o la paternidad el afecto y el deseo responsable de tener descendencia.

⁴⁴ El consentimiento requerido tiene dos ámbitos: uno, para que el personal capacitado actúe sobre el cuerpo de las personas que se someten a las técnicas de procreación con ayuda médica, como manifestación del ejercicio del derecho a la integridad corporal; otro, para aceptar las consecuencias de estas prácticas, esto es, la maternidad y paternidad del nuevo ser. Se trata de un consentimiento complejo en el que confluyen varias voluntades: la de la mujer que desea hacer uso, en sí misma, de una técnica determinada; la de su esposo o compañero que asumirá la responsabilidad paterna, en su caso; la de la persona ajena a la pareja que aporta sus gametos, también en su caso, y la del médico que realizará el procedimiento asistencial necesario. Cada una de estas manifestaciones de voluntad tiene consecuencias diversas y un denominador común: la concepción de un ser humano. Vid. GUZMÁN ÁVALOS, ANIBAL. *Inseminación artificial y fecundación in vitro humanas. Un nuevo modo de filiación*, Biblioteca Universidad Veracruzana, Xalapa, 2001, pp. 71-73.

en consideración el interés superior del niño; sólo se admite en caso de embriones ya formados cuando el padre, luego de haber otorgado su consentimiento expreso, fallece sin que el resultado o producto de la concepción haya sido implantado en el útero materno.

Cuando las mujeres solas desean concebir un hijo haciendo uso de las tecnologías reproductivas asistenciales, la cuestión se torna polémica. El reconocimiento y la protección de los derechos reproductivos de todas las personas debe conllevar a la aceptación de esta práctica, a lo que se suma que no debe ser un impedimento en estos casos el interés superior del niño, pues el hijo no será resultado de una obligación inherente a la institución matrimonial o un débito de pareja, sino fruto del deseo de la mujer que asume la maternidad con amor y responsabilidad, lo que redundará en beneficio del menor. La maternidad de una mujer sola no debe estar vinculada a las exigencias o el capricho de un hombre, ni a situaciones plagadas de vejaciones y humillaciones para ella. Si la sociedad de nuestros tiempos acepta la maternidad natural de mujeres sin pareja masculina, nada obsta la aceptación también de la maternidad sin apareamiento sexual. Como afirma COLL DE PESTAÑA, “esta mujer [sola] quiere tener un hijo porque ansía quererlo, porque quiere acunarlo, educarlo y protegerlo, que es lo que se pretende que se haga con los niños”.⁴⁵ La maternidad, en estos supuestos, se afianza en la voluntad procreacional, asumiendo con responsabilidad su alcance afectivo, cultural y social.

b) El aborto: la otra cara de la moneda

La generación de una nueva vida humana debe ser, como regla, un acto de amor y responsabilidad. Pero en no pocas ocasiones las parejas, o las mujeres solas, se enfrentan a un embarazo no deseado. ¿Debe admitirse el aborto en tales circunstancias?

Las posiciones fluctúan alrededor de tres criterios fundamentales:

- 1) El aborto no debe admitirse en ningún caso, porque el concebido es persona y la interrupción de su desarrollo como tal en la etapa prenatal equivale a un delito de homicidio o asesinato.
- 2) Debe admitirse sólo en casos especiales que establezca la ley, tomando en cuenta tanto los derechos del concebido como los derechos de la madre.

⁴⁵ COLL DE PESTAÑA, IVETTE. “Análisis crítico sobre los efectos del desafío genético en el bienestar de los niños”, en *Memorias del XII Congreso Internacional de Derecho de Familia*, MINJUS, La Habana, 2002, p. 160.

- 3) Debe permitirse en cualquier caso que la madre libremente decida, en ejercicio de su autonomía, de su derecho a la reproducción y a la integridad corporal, y a su propio plan de vida.

La primera posición, que conduce al rechazo del aborto y su penalización, es indudablemente extrema. A mi juicio, la condición innegablemente humana del embrión de nuestra especie no conduce necesariamente al reconocimiento automático de su condición de persona, provista de personalidad, en sede jurídica. Claro está, el estudio de su condición jurídica está matizado, en cualquier caso, por valoraciones éticas, filosóficas, religiosas y hasta políticas. El embrión humano no es titular del derecho a la vida como derecho inherente a la personalidad, si bien debe reconocérsele la *personeidad*, que indica aptitud para que adquiera *a posteriori* la personalidad. Debe recordarse que según han demostrado la ciencia médica y la biología, la vida comienza en el momento de la fecundación, cuando de dos entidades distintas —el óvulo y el espermatozoide— surge una realidad distinta y nueva: el cigoto con una potencialidad propia, ya que aunque dependa de la madre para subsistir, su desarrollo se va a realizar de acuerdo con su propio programa genético. Por tanto, biológicamente el hombre existe como ser vivo desde el momento en que se forma el cigoto. Sin embargo, la vida propiamente humana, según científicos de la medicina,⁴⁶ comienza realmente cuando se forma y madura el sistema nervioso del embrión, lo que ocurre en un periodo aproximado de doce semanas posteriores a la fecundación, por lo cual sólo después de transcurrido ese tiempo es que puede hablarse de un embrión potencialmente humano, pues hasta ese momento no se diferencia básicamente del embrión de otro mamífero cualquiera.⁴⁷ Por supuesto que éticamente no es comparable el embrión humano con ningún otro, pero como acertadamente afirma KEMELMAJER DE CARLUCCI,⁴⁸ si bien la vida potencial empieza desde la concepción, la cuestión a debatir seriamente es qué sucede con esa vida potencial

⁴⁶ Vid. MATEO DE ACOSTA, O. y ANDINO VALDÉS, N. "Fertilización in vitro (FIV) y transferencia de embriones (TE) en el humano. Consideraciones éticas, científicas y utilidad", en *Revista Cubana Médica*, No. 24, agosto de 1985, p. 801.

⁴⁷ Con la utilización de las técnicas de reproducción humana asistida se ha establecido además el término *pre-embrión* para designar al fruto de la concepción obtenido fuera del útero de la madre, antes de su implantación y hasta el día 14 posterior a ella, que se considera decisivo para el desarrollo embrionario, porque a partir de él se dan dos hechos determinantes: la implantación en la mucosa uterina, y el cese de la posibilidad de división para dar lugar a gemelos. Se supone que hasta ese momento el *pre-embrión* no tiene condición humana, basándose en su inviabilidad si no se implanta, en la frecuencia de abortos espontáneos hasta esa fecha y en la posibilidad de que se originen gemelos monocigóticos. Vid. Serie de Informes Técnicos, *Adelantos recientes en materia de concepción con ayuda médica*, Organización Mundial de la Salud, Ginebra, 1992.

⁴⁸ Vid. KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA. *El derecho humano a la vida íntima de la mujer embarazada, el riesgo grave para su salud y el principio de igualdad frente a los casos de no punibilidad en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*, Fondo Editorial La Ley, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires, octubre de 2007, p. 16.

cuando entra en conflicto con derechos fundamentales de personas que viven ya, ahora.

La prohibición a ultranza del aborto obliga incluso a mantener el embarazo en casos de violación, lo cual además de significar algo indignante y humillante para la mujer, una doble victimización para ella, no toma en cuenta el bienestar del hijo, que nacerá marcado socialmente y rechazado muchas veces por su propia madre, en permanente conflicto emocional y familiar. Por otra parte, la prohibición legal no evita que se realicen abortos; muchas mujeres desesperadas acuden a esa práctica en condiciones inseguras, poniendo en riesgo su propia vida. La práctica del aborto clandestino es un acto de violencia contra la mujer que puede afectar su salud y su vida, que le inflige humillación y sufrimiento, que implica discriminación para las mujeres pobres, dado su alto costo económico, que afecta a la familia, especialmente a los hijos ya nacidos, que pueden perder a su madre por fallecimiento o por ser sancionadas con penas carcelarias. Origina también mayores gastos médicos, por hospitalizaciones posteriores, y genera corrupción de las instituciones jurídicas y políticas que encubren la práctica clandestina del aborto. Como afirma también KEMELMAJER DE CARLUCCI,⁴⁹ no se toma en cuenta la trágica desigualdad ante la ley que provoca el sistema punitivo entre mujeres carenciadas y las que tienen medios económicos, cerrando los ojos a una realidad incontrovertible, cual es que en realidad se penaliza la pobreza y no la interrupción del embarazo.

La segunda posición es más conciliadora. Se refleja jurídicamente a través de un modelo de indicaciones respecto al aborto, admitiéndolo sólo en supuestos concretos, generalmente cuando la continuación del embarazo implique serio peligro de supervivencia para la madre, cuando el embarazo sea el resultado de una violación, o cuando se realice debido a causas eugenésicas graves. La vida del *nasciturus* es un bien a proteger, que entra en conflicto con la libertad de no ser madre, conflicto que se pondera dando prioridad, en los supuestos indicados, a favor del derecho de la mujer en esas condiciones. Si la interrupción voluntaria del embarazo se produce fuera de esos supuestos, el aborto se penaliza. También el modelo indicativo puede dar lugar a situaciones como las descritas anteriormente y puede conducir a la hipocresía social de su mantenimiento legal, pero sorteando lo dispuesto por las normas, incumpliendo su mandato sin declararlo, abriendo un margen de discrecionalidad tal que admita en cualquier caso que el embarazo no deseado “pone en serio riesgo a la gestante”. Se genera así la convicción de que la ley no importa, siempre habrá trampas, incluso en materia tan seria como la vida humana.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 17.

Por otra parte, la penalización del aborto sólo recae en la mujer. Ella lleva al hijo en su vientre, enfrenta los riesgos para su salud y su vida y además debe soportar la carga de la pena, que pesa como una espada de Damocles sobre su cabeza. Sus opciones son muy poco alentadoras: tener un hijo no deseado, arriesgar la vida o la libertad. Si decimos que la decisión de tener un hijo es de dos, al menos en los casos de mujeres integrantes de parejas, la decisión de no tenerlo no puede, o no debe, colocar a la mujer en situación de desventaja respecto al hombre, más allá de lo estrictamente establecido por la diferencia biológica.

La tercera posición es la más cercana a lo justo, sin olvidar el indudable conflicto que se produce, frente al aborto voluntario, entre la vida humana en proceso de formación y desarrollo, representada por el concebido, y los derechos sexuales y reproductivos de la mujer, basados en la libertad y la integridad corporal. El fruto de la concepción ni es jurídicamente irrelevante ni puede equipararse con la vida de los ya nacidos. En los primeros meses de la gestación, la viabilidad de la criatura es cuestionable, por lo que debe prevalecer el derecho de la mujer a decidir si será o no madre. Éste ha sido el fundamento básico de la posición que se ha adoptado mayoritariamente en Europa respecto al aborto: la gestante decide durante la fase inicial del embarazo si lo interrumpe voluntariamente o no; después del primer trimestre sólo cabe la interrupción del embarazo en casos excepcionales, indicados en ley.

En Cuba se protege la familia, la maternidad y el matrimonio en la Constitución de 1976, particularmente en sus artículos 35 a 38, donde también se postula la igualdad de todos los hijos, sean habidos dentro o fuera del matrimonio, preceptos que deben relacionarse para su acabada hermenéutica con el artículo 9, particularmente su tercera pleca, que enuncia que el Estado garantiza la libertad y la dignidad plena, el disfrute de los derechos, el ejercicio y cumplimiento de los deberes, así como el desarrollo integral de la personalidad. Los postulados constitucionales, en cuanto al tema que nos ocupa, encuentran su adecuado desarrollo en el Código de Familia, en sede laboral y en el Código Civil. Se permite el aborto legal y seguro en instituciones de salud, y gratuitamente, durante las primeras doce semanas de embarazo, estando penalizado el aborto ilícito, entendido como aquel que se realiza con o sin el consentimiento de la grávida, fuera de las instituciones oficiales de salud y por personal ajeno a la medicina o con ánimo de lucro, según se preceptúa en los artículos 267 a 271 del vigente Código Penal.

En consecuencia, se garantiza el libre ejercicio de las convicciones personales de la mujer, ha disminuido la mortalidad materna y ha descendido la práctica del aborto. Sin embargo, todavía se realizan en un número no deseado, pues la uti-

lización de métodos anticonceptivos no ha logrado impregnar la cultura social. Deben continuarse desarrollando, por tanto, medidas educativas coordinadas para prevenir el aborto, en combinación con el acceso a una amplia gama de métodos anticonceptivos para toda la población. La situación conflictual entre la vida humana durante la etapa prenatal y los derechos sexuales y reproductivos existe, y la mejor manera de afrontar el conflicto es evitando que la mujer se enfrente a la alternativa de la interrupción voluntaria del embarazo como único medio para resolverlo.

No existe en Cuba una configuración autónoma de los derechos sexuales y reproductivos, pero su contenido está implícito en otros derechos afines que aparecen reconocidos en el texto constitucional y otras normas jurídicas. Vale traer a colación la opinión de ÁLVAREZ TABÍO cuando señala que

[...] los derechos se instalan en el espacio donde los principios, los valores y los fines tejen una trama en beneficio de la persona. No obstante, no es tarea sencilla plasmar explícitamente en la letra de la norma constitucional este entramado, y peor aún lograr la armonía entre todos los elementos que lo conforman. Y hay que valerse de lo que no está escrito, pero sí implícito, es decir lograr el equilibrio entre la letra y el espíritu de la Constitución, pues todos estos elementos han de confluír en pro de un objetivo básico: la preservación de la dignidad de la persona humana, concepto que se convierte en la piedra angular para la construcción de todo el sistema axiológico constitucional, o lo que es lo mismo, decir que los fines, los valores, los principios, los derechos y los bienes jurídicos existen sólo en función del enaltecimiento de la dignidad humana.⁵⁰

3. Consideraciones finales

El derecho a la vida es el supuesto ontológico de todos los demás derechos. Como derecho inherente a la personalidad, se reconoce por igual a toda persona por el solo hecho de serlo. Antes del nacimiento, el producto de la concepción es un bien jurídico merecedor de tutela y protección, pero no es persona ni titular de los derechos que acompañan y llenan de contenido a la personalidad jurídica.

Los derechos sexuales y reproductivos deben reconocerse también a todas las personas, garantizando su ejercicio a través de políticas públicas efectivas, diseñadas sobre criterios de justicia distributiva y teniendo como base los prin-

⁵⁰ ÁLVAREZ TABÍO ALBO, ANA M. *Los derechos al honor, la intimidad personal y familiar y la propia imagen como límites a las libertades de información y expresión*, tesis de grado, Facultad de Derecho, Universidad de La Habana, 2008, p. 15.

cipios éticos de autonomía, igualdad, diversidad, en comunión con el ejercicio de los derechos inherentes a la personalidad. Empero, los derechos sexuales y reproductivos deben ejercitarse con plena responsabilidad, porque en su ejercicio hay un límite natural, que es el propio resultado de su práctica: la procreación de nuevos seres humanos.

Las mujeres deben recibir información, asistencia y cuidado en cuanto a su salud sexual y reproductiva en todo momento, durante la gestación, en la maternidad o, en su caso, al practicarse el aborto. La gestación, el aborto o el parto se realizan en el cuerpo de la mujer, pero el ejercicio de su derecho no debe ser una decisión individual y aislada. No se trata de un derecho sin límites el decidir acerca de la maternidad, en sentido positivo o negativo. Su ejercicio encuentra valladar en la moral social imperante, en la educación y las convicciones individuales.

Debe tenerse cuenta, en todo momento, que la vida humana es valiosa desde sus orígenes, que sólo muy poderosas y responsables razones deben llevar a generarla o destruirla. No obstante, tampoco debe olvidarse que restringir el aborto legal y seguro también atenta contra la vida, en este caso, además de la mujer, repercutiendo en la familia y en los derechos del resto de sus integrantes. Si bien la interrupción voluntaria del embarazo no es una práctica deseable, el derecho no debe imponer coactivamente criterios morales, a veces mediatizados por intereses espurios, mediante normas jurídicas, sino que debe coadyuvar al establecimiento de reglas que garanticen la convivencia pacífica y el bien de todos, configurando armónicamente los derechos y no enfrentándolos. ■