

Los derechos de la persona en el Código Civil peruano

Jesús Esparza Bracho

1. LA REFORMA DEL CODIGO CIVIL PERUANO DE 1984

EN EL PERIODO de gobierno de Fernando Belaunde Terry y gracias a la iniciativa del Ministro de Justicia, Carlos Fernández Sessarego, se dio inicio en el Perú a un proceso de revisión integral del Código Civil de 1936. Esta labor codificadora se inició en el año de 1965 con la participación de los más importantes y esclarecidos juristas de ese país. En los primeros siete años de actividades de la comisión codificadora designada al efecto fue diseñado el proyecto de nuevo Código Civil en las partes relativas al Título Preliminar, Derecho de la Persona, Derecho Internacional Privado y Obligaciones. En 1981, fueron concluidas las secciones correspondientes al Derecho de Familia, Derecho de Sucesiones, Derechos Reales y Prescripción y Caducidad. La parte correspondiente a los Registros Públicos no fue propuesta por la Comisión Codificadora por considerar que esta materia debía ser regulada en una ley orgánica; sin embargo, la Comisión Revisora del proyecto incorporó un nuevo libro sobre este asunto.

La elaboración de este código, desde sus inicios hasta su definitiva promulgación, ocupó la atención de los juristas durante un lapso de casi veinte años. La Exposición de Motivos y las actas de las comisiones

(*) Ponencia presentada en las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Facultad de Derecho Civil (Facultad de Derecho, Universidad del Zulia) Maracaibo (Venezuela); febrero de 1988.

designadas, así como los comentarios de los autores principales del proyecto, fueron compiladas en varios tomos que constituyen una fuente doctrinaria de ineludible referencia en ese país, así como también de gran utilidad en la tarea reformadora del Derecho Civil en América Latina.

En todo proceso codificador está presente la vieja disputa de Thibaut y Savigny a propósito de la codificación alemana en el siglo pasado. Mientras Thibaut propugnaba la unificación legislativa mediante la codificación, Savigny consideraba que tal unidad sólo podía ser alcanzada a través de una organización progresiva de la ciencia jurídica, y no mediante un Código que detendría el desenvolvimiento histórico del derecho en cuanto que producto histórico. Aproximadamente, ochenta y seis años dura el proceso de aceptación y elaboración de un Código Civil único para Alemania, el cual fue promulgado en los albores de este siglo. Quienquiera que tuviese la razón, el proceso codificador fue, al mismo tiempo, una coyuntura apropiada para la organización progresiva de la ciencia del derecho. Carlos Fernández Sessarego ha señalado que "la dación de un nuevo Código Civil pudo haberse evitado —al menos por el momento— si es que, como ha ocurrido en Francia, una legislación atenta y una creativa jurisprudencia hubieran cumplido con la imprescindible labor de actualizar periódicamente dicho cuerpo legal, durante el último medio siglo. Diversas y conocidas circunstancias políticas impidieron que el Código derogado se adaptara paulatinamente a las exigencias de la vida comunitaria, a los requerimientos de una ciencia en veloz desarrollo, a las corrientes de pensamiento dominantes, a los valiosos aportes de la doctrina jurídica y la jurisprudencia comparada. La inacción y el desinterés, la carencia de sensibilidad ante la problemática jurídica o la preocupación excesiva por la inmediatez surgida de la cotidianidad contribuyeron, en diversa medida, a que el Código Civil de 1936 se mantuviera inalterado, constituyéndose en un impermeable conjunto de normas reguladoras de una realidad social de comienzos del siglo" (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las Personas — Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, 2da. ed. Librería Studium, Lima, 1987; págs. 5 y 6).

Si bien el proceso codificador constituye una coyuntura histórica apropiada para el desarrollo de la ciencia dogmática del derecho, existe la tendencia, como lo señaló Fernández Sessarego, a mantener inmutable el derecho codificado. Y esta realidad está presente, igualmente, en nuestro país. En los últimos años hemos experimentado dos importantes reformas legislativas, la reforma parcial del Código Civil en 1982 y la reforma del Código de Procedimiento Civil en 1986—87. Con motivo de la reforma

adquirió importancia la labor científica jurídica, pero una vez promulgados los códigos se piensa que ese derecho legislado es inmutable, invariable, a menos que se produzca una nueva reforma legislativa. Cuando nos enfrentamos a nuevos problemas o situaciones jurídicas, tales como la llamada fertilización *in vitro* y el cambio de sexo, lo primero que se nos ocurre es que la legislación civil es insuficiente, y quizá lo sea, para regular esos nuevos ámbitos de la vida humana. Es posible, sin embargo, insistir en las posibilidades de lo que Savigny llamaba una ciencia progresiva del derecho, como instrumento teórico de apoyo a la práctica jurídica. El Código Civil peruano de 1984, así como su Exposición de Motivos y trabajos preparatorios, constituye una fuente doctrinaria que debe alimentar, en la medida en que sea apropiado hacerlo, no sólo a futuras reformas legislativas, sino también a la presente y muy actual práctica forense. En todo caso, la reforma del Código Civil peruano ha estimulado una re-elaboración doctrinaria en el campo, especialmente, de los derechos inherentes a la persona humana y que se ha manifestado concretamente en los temas del aborto, la esterilización, la fecundación artificial, la eutanasia, el cambio de sexo, la libertad sexual y otras muchas cuestiones de índole sustancialmente ética.

2. LA DISTINCION ENTRE "SUJETO DE DERECHO" Y "PERSONAS".

2.1. El artículo 1 del Código Civil peruano dice: "La persona humana es sujeto de derecho desde su nacimiento. La vida humana comienza con la concepción. El concebido es sujeto de derecho para todo cuanto le favorece. La atribución de derechos patrimoniales está condicionada a que nazca vivo". De acuerdo con esto, se es "persona de derecho" desde el momento del nacimiento, pero el concebido es considerado "sujeto de derecho" aun cuando no haya nacido, sin que tal status esté sometido, en principio, a la condición de que nazca con vida, salvo la atribución de los derechos patrimoniales. La cualidad del concebido para ser centro de imputación normativa en el ámbito extrapatrimonial no depende de su existencia efectiva fuera del vientre materno.¹ Sin embargo, esa cualidad

¹ "Sujeto de derecho y persona han sido tradicionalmente considerados como sinónimos por la ciencia jurídica. Ambos términos se han venido usando indistintamente en el lenguaje de los hombres de derecho para mencionar un mismo ente. En tiempos recientes, sin embargo, algunos pocos pero calificados autores han establecido una distinción formal entre ambos conceptos, situándolos en una relación de género a especie. De ahí que si bien toda persona es sujeto de derecho, no todo sujeto de derecho resulta ser persona.

En base al distingo antes expresado ha sido posible que el Código Civil de 1984 introduzca una novedad de técnica legislativa que ha sido favorablemente destacada por Pietro Rescigno,

de sujeto que se le atribuye alcanza únicamente a aquello que le favorezca. Esto plantea el problema relativo a la capacidad para obligarse. Si el concebido puede adquirir herencia, legado o donación, en virtud de ello se convierte *ex lege* en sujeto pasivo de una obligación tributaria, de la cual no está exento. Por esta razón, la frase "para todo cuanto le favorece" debe ser interpretada tomando en consideración que ser sujeto de derecho, es, por definición, ser sujeto de derechos y de obligaciones correlativas. De manera que esta cualidad jurídica del *nasciturus* no puede ser invocada desde una perspectiva unilateral.

2.2. Ser "sujeto de derecho" puede implicar, también, por ejemplo, el derecho a la vida y el derecho a ser indemnizado por los daños que los terceros le causen durante la gestación. El derecho a la vida del concebido parece ser una barrera legal al aborto. Sin embargo, en el caso del aborto terapéutico la mayor parte de los ordenamientos jurídicos se inclinan por favorecer la sobrevivencia de la madre; si el embarazo o el alumbramiento ponen en peligro la vida de la madre se permite el aborto; es decir, en ese estado de necesidad, se protege la vida causando la muerte del feto. ¿Cómo puede resolver el derecho este conflicto sin desconocer la cualidad de "sujeto de derecho" que ha atribuido al concebido? ¿O es que acaso el concebido es un sujeto de derecho de segundo orden, en cuyo caso no

(...)

notable tratadista italiano y profesor de la Universidad de Roma, con ocasión del reciente Congreso Internacional, celebrado en esta ciudad (Lima), para comentar, con sentido crítico y comparativo, dicho cuerpo legal. La innovación consiste en haber considerado, por primera vez a nivel de la codificación comparada, cuatro categorías de sujeto de derecho. Se trata de un recurso lingüístico que permite comprender dentro del término "sujeto de derecho" no sólo a las personas naturales y jurídicas sino, además, a otros dos sujetos de derecho que no encontraban hasta ahora una definida ubicación dentro del ordenamiento jurídico. Nos referimos al concebido y a las organizaciones de personas no inscritas reguladas por el Código Civil vigente.

La diferencia entre sujeto de derecho y persona —que es de género a especie como se ha acotado— no significa la creación de entes de diversa naturaleza. Las cuatro categorías de sujeto de derecho no aluden a otros tantos entes, ya que en todos los casos se hace siempre mención a un mismo e invariable objeto cual es la vida humana. Lo que acontece es que, en cada una de las indicadas cuatro situaciones, se hace referencia a diferentes momentos o circunstancias de la vida humana.

El Código Civil de 1984, alejándose de cualquier otra solución adoptada en precedencia por la codificación, otorga al concebido, sin más, la calidad de sujeto de derecho; es decir, de centro de referencia para la imputación de situaciones jurídicas, de derechos y deberes en tanto le favorezcan. Se estima así, con toda claridad, que el concebido no es aún persona natural —en tanto no ha nacido— por lo que no se le puede considerar como lo que no es. El Código Civil de 1996 —y con él otros códigos civiles vigentes— al referirse al concebido lo reputaba como nacido para todo cuanto le favoreciera, a condición que naciera vivo. Es decir, se recurría innecesariamente a una ficción —lo que equivale a un engaño, a una mentira— para caracterizar al concebido como lo que aún no era. El Código Civil de 1984, contrariamente, ubica jurídicamente al concebido como lo que realmente es: vida humana intrauterina. De ahí que le otorgue, sin rodeos ni ficciones, la calidad de sujeto de derecho, de centro de imputación de situaciones jurídicas.¹ (FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *Sujeto de Derecho y Persona*, en "El Fiscal", Lima, Noviembre-Diciembre 1985; págs. 20 y 21).

habría justificación, desde el punto de vista jurídico, para reprimir el aborto?

2.3. El derecho a ser indemnizado plantea el problema de la autonomía del concebido frente a sus ascendientes. Los ascendientes transmiten a sus hijos una específica caracterización genética, para bien o para mal de la descendencia. Si la madre conoce durante el embarazo que su hijo padecerá del síndrome de Dawn y no se aplica un aborto eugenésico, ¿surge acaso en el hijo el derecho a ser indemnizado? Y si se considerase que debe ser indemnizado, ¿no implica esto un reconocimiento de la relatividad de su derecho a la vida? Algunas legislaciones contemplan la específica permisión del aborto eugenésico, el cual puede estar librado al arbitrio de los padres. ¿Un hijo nacido con malformaciones congénitas producto de la ingestión antes de concebir de alguna clase de droga por parte de la madre, podría reclamar contra ella una indemnización por este motivo? Si la respuesta es negativa estaríamos reconociendo una superioridad en los derechos de la madre, con lo que nuevamente relativizaríamos el derecho a la vida y a la integridad física del *nasciturus*; si la respuesta es positiva estaríamos, en el fondo, aceptando que la madre no ha debido tener un hijo así, no tenía el derecho de procrear una vida tarada, es decir, ha debido interrumpir su gestación, en perjuicio del derecho a la vida atribuido al concebido.

2.4. Este tema se plantea crudamente en los casos de fertilización *in vitro*. Entenderemos por tal, aquélla que ocurre extrauterinamente previa la extirpación de un óvulo no fecundado y su fecundación artificial con espermatozoides. Sin entrar en otras consideraciones muy importantes de orden ético y social, podemos señalar que el reconocimiento del derecho a la vida de todo concebido, en cuanto que "sujeto de derecho", impondría la necesidad jurídica (y moral) de mantener con vida ese embrión hasta su normal desarrollo en la medida en que la ciencia y los recursos médicos lo permitan, de ser posible hasta el punto de alcanzar vida autónoma; todo ello en perjuicio de su derecho a conocer a sus padres (en los casos de donantes anónimos) y de tener un normal ciclo de gestación, como lo podría tener cualquier otra persona.

2.5. Estas interrogantes nos permiten reflexionar sobre el verdadero sentido del reconocimiento del concebido como "sujeto de derecho". En la legislación venezolana existen una serie de normas que definen derechos en favor del concebido, tales como el derecho a ser reconocido por su padre, el derecho a la protección social y sanitaria, etc. Pero no es muy claro que tales instituciones constituyan *stricto sensu* una acepta-

ción de la cualidad jurídica de "sujeto de derecho" independientemente de que se dé la condición de que nazca con vida.

3. CARACTER IRRENUNCIABLE DE LOS DERECHOS INHERENTES A LA PERSONA HUMANA

3.1. El artículo 5 establece que: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria; salvo lo dispuesto en el artículo 6". El artículo 6 dice: "Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres. Empero, son válidos si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios. Los actos de disposición o de utilización de órganos y tejidos de seres humanos son regulados por la ley de la materia".

Fernández Sessarego ha señalado que: "El artículo 5 significa una importante novedad en relación con el articulado del Código de 1936. Responde a la necesidad de reafirmar normativamente, en el área del Derecho Civil, la condición del hombre como ser ontológicamente libre y su inalienable e irrenunciable derecho a la vida, a su integridad psicofísica y al honor" (Fernández S., C.: *Ob. cit.* pág. 40).² Se plantea en torno a este tema el espinoso problema de la eutanasia, tanto activa por acción, como pasiva por omisión, o voluntaria por determinación propia o involuntaria por determinación ajena. Del mismo modo, resultaría negado el derecho de la persona de disponer de su propia vida de acuerdo con una decisión personal. Este tema ha sido planteado en Fran-

2 "Una regla como la del artículo 5 se concibe y tiene sentido sólo si se evidencia que en materia de derechos de la persona no existe identidad entre el sujeto de derecho y el objeto o bien titulado. Sujeto del derecho o del deber es el ser mismo del hombre en tanto tal, mientras que el objeto materia de protección jurídica es un aspecto de su personalidad, un bien que se halla en la esfera del mundo interior de la persona. Se tutela el cuerpo, el contorno físico, la salud, el ambiente espiritual, la tranquilidad psicológica, la vida o la libertad. Todo este plexo de derechos está siempre referido al yo, al ser mismo del hombre, a lo que hace que yo sea idéntico a mí mismo y no otro. Líndamos aquí con él, para no pocos, aparente misterio que consiste en que a pesar del inasegurable hecho de la igualdad entre todos los hombres no existen, sin embargo, dos seres idénticos, dueños de una misma biografía y de similar destino".

(FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos: *Derecho de las Personas - Exposición de Motivos y Comentarios al Libro Primero del Código Civil Peruano*, 2da. ed. Librería Studium, Lima, 1987; pág. 47).

cia e Inglaterra como un aspecto del derecho de la persona a vivir con dignidad y a renunciar a la vida en el momento en que considere que las circunstancias ya no le permitirán esa vida digna. En este sentido, la irrenunciabilidad del derecho a la vida puede entrar en colisión con el ejercicio de la libertad en un ámbito personal que no interfiere ilegítimamente los derechos de otras personas.

3.2. Consagra el Código Civil, igualmente, el derecho irrenunciable a la integridad física. Surgen en este punto tres temas fundamentales: la donación de órganos, la esterilización y el cambio de sexo. El primero de los temas ha sido objeto en Perú, como también en Venezuela, de una legislación especial; la tendencia universal en esta materia es la de facilitar la donación *post mortem* de cualquier clase de órgano, e, incluso, en vida de aquellos órganos o tejidos que aun cuando no se regeneran, su extirpación no perjudica gravemente la salud del donante o reduce sensiblemente su tiempo de vida.

3.3. En cuanto a la esterilización no existe tal homogeneidad de tendencias legislativas. Algunos países como Panamá, Japón, Yugoslavia, Suecia, Noruega, Dinamarca y algunos Estados de los Estados Unidos de América, la permiten expresamente. En otros, como España y Somalia, está expresamente prohibida (vd. *Ibid.*, p. 44). Normalmente, en la práctica, la permisión y, en algunos casos, el fomento de la esterilización obedece a políticas de regulación demográfica; sin embargo, este asunto está inmerso en el debate ético acerca de la autodeterminación del destino individual y la responsabilidad personal en el destino universal, sin tomar en consideración los aspectos terapéuticos y eugenésicos de la esterilización. El mismo concepto de responsabilidad por el destino colectivo parecería justificar la esterilización eugenésica, a fin de preservar la integridad de la stirpe; sobre esto, la historia reciente de la Alemania Nazi ya nos ha enseñado una lección. Sí existe, en cambio, una aceptación general de la esterilización terapéutica cuando la gestación puede hacer peligrar la vida de la mujer.

3.4. El cambio de sexo, al menos desde el punto de vista de la configuración anatómica, es otro de los problemas que surge a la luz del derecho irrenunciable a la integridad física. Muy escaso ha sido el tratamiento de este tema en la doctrina jurídica latinoamericana. En algunos países, en cambio, ya es objeto de regulación legal, como ha ocurrido en Suecia, Dinamarca, Noruega, Alemania e Italia; en otros países ha sido objeto de una construcción jurisprudencial. Algunos piensan en Venezuela que el cambio de sexo puede darse como resultado de un juicio de rectifica-

ción de partida, basado en un supuesto error de determinación del sexo. Citemos, *in extenso*, la opinión de Fernández Sessarego: "Problema que suscita arduo debate y opuestas opiniones es el relativo al derecho que tendría la persona para someterse a una operación quirúrgica tendiente a modificar externamente su aparato genital a fin de adecuar su sexo a su sentimiento, sus inclinaciones psicológicas y a su habitual comportamiento contrarios a su sexo originario. En este caso, es de aplicación el artículo bajo comentario (art. 5), que protege la integridad psicosomática de la persona. A nivel científico el debate sobre los alcances del cambio de sexo no se ha cerrado desde que aún se discute si una intervención quirúrgica pueda producir o no el efectivo resultado de un cambio de sexo. A partir de esta premisa, algunos autores se muestran favorables a la mencionada intervención quirúrgica, ya que ella resuelve un a menudo grave problema de identidad sexual. Dicha operación, según sostienen, tiende a adecuar los caracteres sexuales externos al verdadero sentimiento de la persona, a sus inclinaciones psicológicas y a su habitual comportamiento social. No faltan otros autores que, por el contrario, aseveran que lo decisivo no es facilitar una supuesta adecuación al otro sexo, sino adoptar las medidas preventivas o de rehabilitación en orden a la afirmación y vivencia del sexo de origen, ya que la tendencia al cambio de sexo constituye un problema psicológico que debe ser tratado médicamente. No puede considerarse como lesión a la integridad física cualquier intervención quirúrgica que tienda, contrariamente a lo expuesto, a la confirmación del sexo de origen" (*ibid*, págs. 44 y 45).

El problema concerniente al cambio de sexo va más allá, a nuestro juicio, de la cuestión relativa a la definición o confirmación anatómica del sexo de una persona determinada. La configuración genética de cromosomas XX para la mujer y XY para el hombre no parece dejar margen de dudas en cuanto a cuál es el sexo de una persona. Visto así, la definición de un sexo diferente en el acta de nacimiento, producto de un error de apreciación fundado en la configuración anatómica del recién nacido, puede ser perfectamente corregida mediante el procedimiento de rectificación de partidas.

El problema se plantea en cuanto al derecho de la persona de disponer su propio cuerpo con el propósito de alterar su apariencia sexual, así como el reconocimiento que el derecho pueda dar a esta circunstancia, otorgándole efectos sobre los elementos constitutivos de su identidad. Si la integridad física constituye un derecho irrenunciable no es posible aceptar, bajo ese concepto, el llamado "cambio de sexo". Lo que se podría discutir, como ha ocurrido en otras legislaciones, es la indisponi-

bilidad del propio cuerpo y, consecuencialmente, sus efectos sobre el derecho al libre desenvolvimiento de la personalidad.

3.5 El derecho al honor reside en la preeminente cualidad ética del individuo. La irrenunciabilidad del mismo hace de este bien jurídico un valor transpersonal en el cual está interesado el grupo social. La lesión al honor de una persona es, a la par, una lesión al colectivo. La posibilidad de su renuncia o de la composición privada podría dar paso al relajamiento del respeto y consideración necesarias para una sana y armónica convivencia social. Bajo este concepto el derecho al honor, además de ser una protección a la integridad moral del individuo, define la relevancia social de la personalidad individual en términos que trascienden de la autodeterminación personal.