

**Carlos Fernández Sessarego, Reflexiones sobre la esterilización, in el Diario El Comercio, Lima, del 4 de setiembre de 1995, p. A3**

1. El inc. 1 del art. 2 de la Constitución de 1993 prescribe que toda persona tiene derecho a « su integridad moral, psíquica y física », mientras que el art. 5 del C.C. de 1984 reitera el derecho de todo ser humano a « su integridad física ».

2. Debe remarcar que todo derecho subjetivo conlleva en su seno un deber, y viceversa. Es decir, y como ejemplo, si se tiene el derecho a la vida ello supone, simultáneamente, el deber de preservar la vida. Es por ello, precisamente que en el Código Penal, al no poder sancionarse al suicida en tanto dejó de ser sujeto de derecho se sanciona a los instigadores y cómplices del delito de suicidio.

Recurrimos a otro ejemplo. El art. 19 del C.C., dentro de esta nueva concepción coexistencial del Derecho, establece que « la persona tiene el derecho y el deber de llevar un nombre ». Si bien el sujeto tiene el derecho que se le sitúe socialmente por su nombre, tiene al mismo tiempo el deber de no variarlo ya que la sociedad tiene el derecho a identificarlo por el nombre.

Es pues de suma importancia, sobre la base de lo expuesto y de los ejemplos utilizados, que se tenga conciencia que no existen derechos subjetivos « absolutos » ya que todo individuo es un ser social, se debe a los demás, por lo que sus derechos deben coordinarse con aquellos de los demás miembros de la comunidad. El ser humano no es un ente aislado, incomunicado, encerrado sobre sí mismo; se encuentra en comunión con los demás en el seno de la sociedad.

3. Como consecuencia lógica del derecho que tiene todo sujeto de que se respete su integridad moral, psíquica y física, tiene el deber de mantener incólume esta integridad, no atentar contra ella, no automutilarse. El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia.

4. Es por lo expuesto en precedencia que el art. 6 del C.C. vigente prescribe la prohibición de disposición del propio cuerpo. En este numeral se establece que tales actos 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 ».

Sobre la base de lo expuesto en los artículos del ordenamiento jurídico peruano antes mencionados, toda persona tiene simultáneamente el derecho a que se respete su integridad psicosomática y el deber de no disponer de su propio cuerpo, de no mutilarlo.

El art. 6 del mencionado C.C. sólo permite los actos de disposición del propio cuerpo, a título de excepción, « si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspiradas por motivos humanitarios ». Es decir, por ejemplo, una persona no puede, libre y voluntariamente, disponer de una pierna salvo el caso que se produzca una gangrena que ponga en peligro su vida. Del mismo modo, se puede disponer de

tejidos que se reconstituyen o de órganos dobles, como los riñones, a título humanitario como es el caso de transplantes para salvar una vida humana.

La esterilización, ya sea a través de la vasectomía o de la ligadura de trompas, supone un atentado contra la propia integridad física y psíquica. Por lo tanto le es de aplicación lo dispuesto en el art. 6 del C.C. por el cual, y tal como se ha señalado, se prohíben los actos de disposición del propio cuerpo cuando ocasionan « una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarias al orden público o a las buenas costumbres ». Cabe señalar que el concepto « buenas costumbres » equivale a la moral.

La esterilización, en cualquiera de sus modalidades, constituye un acto de disposición del propio cuerpo que conlleva a una « destrucción permanente de la integridad física » en la medida que se priva a la persona humana el derecho-deber de procrear.

Procrear supone un derecho natural de todo ser humano destinado a perpetuar la especie y a tener descendencia. A nadie se le puede privar de este derecho ni nadie puede, voluntariamente, atentar contra esta facultad. Si cada persona tiene el derecho de procrear, la especie humana, en cuanto sujeto de derecho, tiene el derecho a perpetuarse por lo que cada persona, a su vez, tiene el deber de no lesionar el derecho natural.

Por lo demás, nadie puede sostener que la esterilización se sustenta en un estado de necesidad médica o quirúrgico ni que a través de ella se cumpla una finalidad « humanitaria ». No es lo mismo, obviamente, privarse de la función procreativa que amputarse una pierna en gangrena.

5. Desde un punto de vista jurídico, la esterilización es, sin duda, un acto de disposición del propio cuerpo que atenta contra la integridad psicosomática de la persona humana.

Es imposible, por tanto, sostener que la esterilización es un método anticonceptivo. Ni el aborto ni la esterilización son métodos anticonceptivos sino que, jurídicamente, constituyen atentados contra la integridad psicosomática y contra la vida respectivamente. La esterilización configura, en cuanto es irreversible, una « disminución permanente de la integridad física ». De esta situación no cabe duda desde una perspectiva estrictamente jurídica.

6. Sólo es permisible la esterilización cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer, situación que, por lo demás, es excepcional dado el progreso experimentado por la ciencia médica.

7. Los métodos anticonceptivos tienen la característica de que se adoptan coyunturalmente y no atentan, por lo tanto, contra el derecho-deber a procrear. Si la persona decide procrear simplemente prescinde de la utilización de un método anticonceptivo y puede cumplir con su derecho-deber a procrear, que su integridad física se mantuvo incólume.

La esterilización, en cambio, priva de modo permanente a la persona de su derecho-deber a procrear. Y esto es muy grave, ya que limita de modo

permanente la capacidad del ser humano a proyectar libremente su vida así como variar sus proyectos en cualquier momento de su existencia.

Puede darse el caso que una persona, en un momento de desesperación, de angustia, perdida u obnubilada su capacidad racional, decide atentar contra su integridad física confundiendo el hecho radical y permanente de la esterilización con un método anticonceptivo cualquiera. Este hecho es sumamente grave no sólo porque constituye un atentado contra la integridad física sino que, además, es un acto que atenta contra la propia libertad de la persona humana, contra el derecho de proyectar su vida, de desenvolver libremente su personalidad.

En efecto, puede ocurrir, y de hecho sucede, que una persona que por desesperación o por ignorancia o por un equivocado consejo decide , en un momento de desesperación, atentar contra su vital función procreativa, en otro momento posterior de su vida, restablecido el equilibrio emocional perdido, cambia de opinión y decide procrear. Esa persona, que confundió el atentado contra su integridad psicosomática con un método anticonceptivo, coyunturalmente utilizado, no podrá tener hijos. Se ha ocasionado así un daño irreversible contra la persona, una grave frustración que lesiona su libertad al libre desenvolvimiento o desarrollo de su personalidad.

El hecho antes enunciado es humanamente grave, como es también censurable el que induzca a las personas a confundir dos diversas situaciones: la esterilización con un simple método anticonceptivo. La esterilización, como se ha señalado, constituye una lesión contra la integridad física de una persona que le ocasiona una disminución permanente en una función vital como es la de la procreación. Es un hecho irreversible, que impide un futuro cambio en el proyecto de vida de una persona. Constituye por ello, la posibilidad de generar una frustración o trauma en la vida de un ser humano. Los métodos anticonceptivos son soluciones coyunturales, transitorias, que no atentan de modo permanente contra la integridad física, con el sagrado derecho-deber de procrear.

Esta distinción es tan visible y elocuente que el art. VI del Título preliminar de la Ley de Política Nacional de Población se excluye al aborto y a la esterilización como métodos de planificación familiar.

## **Breves reflexiones sobre las reflexiones del autor**

### ***Premisas del autor***

- a. El derecho a la vida y el derecho a procrear son derechos naturales y tienen el carácter de sagrados.
- b. Se trata de derechos subjetivos que no tienen el carácter de absolutos porque el ser humano no es un ser aislado sino que se encuentra en comunicación con los demás en el seno de la sociedad.
- c. Estos derechos son relativos porque implican, al mismo tiempo, un deber para su titular. Este debe conservar el derecho del que goza en beneficio de los demás. El derecho a la vida no implica el derecho de morir (matarse o aceptar que nos

maten); el derecho a la integridad física, el derecho a mutilarse; el derecho a procrear, el derecho a esterilizarse. «El ser humano se debe a los demás, al prójimo, por lo que tiene el deber de mantenerse en el mejor estado moral, psíquico y físico para servir adecuadamente a los demás y cumplir con la misión comunitaria que cada hombre tiene durante su existencia ».

d. En esta perspectiva, se reconoce que el derecho a procrear supone que, en tanto sujeto de derecho, la especie humana tiene derecho a perpetuarse, « por lo que cada persona tiene el deber de no lesionar el derecho natural ».

### **Argumentos legales:**

1. El no reconocimiento del derecho a morir se evidencia en el hecho que sólo por razones prácticas no se reprime al suicida, pero si se castiga a los instigadores y cómplices del « delito de suicidio ».

2. Los actos de disposición del propio cuerpo están prohibidos (art. 6 C.C.) « cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o cuando de alguna manera sean contrarios al orden público o a las buenas costumbres ». Salvo « si su exigencia corresponde a un estado de necesidad, de orden médico o quirúrgico o si están inspirados por motivos humanitarios ».

3. La esterilización no es un medio anticonceptivo y constituye tanto un atentado grave a la integridad sicosomática de la persona como la negación de su derecho a procrear. Sólo es permisible cuando procrear pone en grave riesgo la vida de la mujer (situación por demás excepcional).

4. Los casos de esterilización son irreversibles y, de acuerdo con los ejemplos citados, pueden ser el resultado de una confusión entre esterilización y medio anticonceptivo o de un momento de desesperación, ignorancia o equivocación debido a una pérdida de equilibrio emocional.

Hasta aquí, lo que hemos comprendido como esencial de la exposición de Fernández Sessarego. Comprensión que constituye una interpretación y como toda interpretación no tiene la pretensión de ser la única verdadera. Sin embargo, la consideramos coherente, consistente y razonable.

### **Comentarios**

1. Considerar a los derechos a la vida, a la integridad sicosomática o a la procreación como derechos naturales implica adoptar una concepción ideológica, política, religiosa. Defender este criterio constituye, a su vez, el libre ejercicio de otros derechos humanos: libertades de expresión, de pensamiento, de conciencia. Frente a otras concepciones, la del derecho natural no puede ser presentada como la única verdadera y valiosa.

2. Afirmar que se trata de derechos naturales supone que pre - existen y que el derecho no hace sino reconocerlos al momento de regularlos (son innatos a la persona, constituyen un don que se ha recibido). La experiencia muestra, sin embargo, que el derecho natural no siempre ha reconocido los mismos derechos y que ha servido tanto para justificar la esclavitud como la igualdad de las personas.

Asimismo, se admite que los derechos humanos son la creación del Siglo de la Ilustración y que si se afirmó su carácter natural fue debido a que se les estableció como límites al poder absoluto del Monarca. Se admite, igualmente, que hay nuevos derechos humanos (llamados de la segunda y tercera generación) y que los derechos humanos primeros han sido enriquecidos con una dimensión positiva (el Estado debe promover las condiciones para su realización y no sólo limitarse a no violarlos).

3. Aun si se aceptase la existencia de un sistema de derechos naturales, cabe preguntarse si es necesario recurrir a este sistema para explicar nuestro ordenamiento jurídico. En todo caso, basta con referirse a la manera amplia como los derechos humanos son, expresa e implícitamente, reconocidos por la Constitución.

4. En la perspectiva de Fernández Sessarego, cabría preguntarse por la norma de derecho natural que consagra el derecho a procrear o el derecho de la especie humana a subsistir. O, por la norma que reconoce a la especie humana un derecho colectivo a sobrevivir que tiene la primacía frente al derecho individual a la vida. Si la esterilización debe ser prohibida para garantizar la supervivencia de la especie, con mayor razón debe admitirse lo mismo respecto al suicidio (daño más grave). De la misma manera, debería darse la razón a quienes condenan el aborto como un crimen contra la humanidad o contra el capital demográfico de la sociedad. Así mismo, se podría justificar el sacrificio de la libertad de expresión, por ejemplo, en aras de la seguridad o tranquilidad públicas.

5. La supervivencia de la humanidad, la seguridad pública, el bienestar general ... son bienes colectivos a condición que, primero, sean no distributivos (ninguna de las personas concernidas puede ser privada de su goce y el goce que haga una de éstas no puede excluir una de ellas) y normativos (su creación o conservación están ordenados por una norma). En los sistemas normativos hay tanto derechos individuales como bienes colectivos. Se da una colisión entre estos cuando el ordenamiento exige que ambos sean lo más ampliamente realizados según las circunstancias jurídicas y materiales. De modo que cuanto mayor sea el grado de incumplimiento de uno, tanto mayor tiene que ser la importancia del cumplimiento del otro. Si se tiene en cuenta que « la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado » (art. 1 Constitución), es evidente que debe reconocerse la precedencia prima facie a los derechos individuales. Sólo así se puede tomar en serio al individuo, a la persona (no se hace esto cuando ni siquiera se imagina - caso de Fernández Sessarego - que una persona capaz y equilibrada pueda decidir racional y libremente esterilizarse). Lo que no significa que no pueda reconocerse, en ciertos casos, la primacía a un bien colectivo frente a un derecho individual. Pero esto sólo es posible cuando pueda ser real y eficazmente justificado. Este tipo de ponderación no puede ser justificada debidamente en el conflicto supuesto entre el derecho individual a procrear y el bien colectivo supervivencia de la especie humana. Además, el problema se resuelve anteladamente cuando se constata que, salvo en el derecho natural alegado en el trabajo comentado, no existe norma en

nuestro ordenamiento jurídico que exija crear o conservar el bien « supervivencia de la especie humana ».

6. Concebir los derechos fundamentales como derechos subjetivos que tienen dos dimensiones: de un lado, el derecho a un beneficio o privilegio y, de otro lado, el deber de conservar dicho derecho, constituye también un criterio difícil de aceptar por las numerosas consecuencias negativas para la garantía de los mismos derechos fundamentales. Lo que aparece claro, por el contrario, es que todo derecho supone el deber de terceros de respetarlos, comprendido sobre todo el Estado. Lo que es dudoso es que el titular esté obligado a conservarlo y que se le pueda imponer lo conserve aun en contra de su voluntad. Esto justificaría que se imponga un tratamiento médico a un paciente que no quiere curarse o que prefiere otro y esto en razón a que se considera que es lo mejor para él. Este criterio supone un tipo de paternalismo. Desde esta perspectiva, se condenaría la eutanasia pasiva, una de las manifestaciones del derecho a morir reconocido ampliamente en la actualidad por personas con diversas y opuestas concepciones de la vida y de la moral.

7. Respecto a la afirmación que la esterilización es una mutilación grave que atenta contra el derecho a procrear, es de preguntarse si la decisión de practicársela no constituye más bien el ejercicio de la libertad a procrear o no, que se deduce del derecho a procrear. Si se reconoce la obligación de procrear, en la opinión de Fernando Sessarego: segundo componente del derecho subjetivo, se tendría que rechazar no sólo la esterilización, sino también las relaciones sexuales practicadas sin la finalidad de procrear, o el voto de celibato practicado por los representantes de algunas creencias religiosas. Todos estos actos serían igualmente peligrosos o dañinos para la supervivencia de la especie y constituirían atentados contra su derecho natural a la supervivencia. Lo que estaría en contradicción con la admisión de la libre utilización de medios anticonceptivos.

8. Conforme a la doctrina dominante, es de afirmar, más bien, que los derechos humanos tienen un carácter absoluto con relación a los otros derechos de menor jerarquía. Es decir, en caso de conflicto, éstos deben ceder siempre ante los primeros. Por lo contrario, ellos son sólo prima facie cuando se encuentran en conflicto entre sí. Uno de ellos debe ceder según las circunstancias materiales y personales del conflicto. De lo contrario, el conflicto sería insoluble.

9. Los derechos humanos implican la libertad del titular de ejercerlos o no. Pero, la facultad de disponer no es la misma con respecto a todos los derechos humanos. El ordenamiento jurídico percibe sólo algunos como derechos - deberes; por ejemplo, el derecho a la educación: el niño tiene derecho a frecuentar durante un periodo la escuela, mas no tiene la libertad de ir o no a la escuela. El Estado tiene la obligación de crear las condiciones materiales para su realización, pero no debe excluir de su goce algunos niños por criterios de raza, religión o política. En el caso del derecho a la propiedad, el titular tiene derecho a adquirir y conservar su patrimonio, pero también la libertad de disponer libremente de sus bienes. El Estado debe promover las condiciones para que cada persona tenga acceso a la propiedad, mas no imponer a cada persona que acceda o conserve siempre sus bienes. Los derechos a la vida, a la integridad física o a procrear no forman parte

de ninguno de esos grupos de derechos. Las personas tienen derecho a decidir sobre su muerte, a disponer de su cuerpo y a tener o no hijos. Pero, no pueden transferir a terceros su derecho a la vida, a la integridad corporal o a procrear. En este sentido, estos derechos son irrenunciables y no pueden ser cedidos a terceros. De acuerdo con sus intereses y proyectos de vida, una persona puede preferir morir que soportar los sufrimientos intensos que le produce una enfermedad incurable (derecho a morir dignamente) o puede decidir no tener hijos o no tener más de los que ya tiene (paternidad o maternidad responsable).

10. En el aspecto jurídico penal, los argumentos propuestos en favor de la tesis que criticamos no son del todo correctos. La impunidad del suicidio no sólo se explica por que el suicida deja de ser sujeto de derecho, sino también debido a razones de política criminal (por ejemplo, ineficacia de la pena frente a quien está decidido a morir). Si se debe imponer el deber de conservar la propia vida y se considera eficaz el derecho penal (como parece suponer el autor), debería reprimirse al suicida frustrado a título de tentativa del «delito de suicidio». En cuanto a la integridad corporal, no se castiga la automutilación y, en la doctrina como en el Código penal, se admite el consentimiento como causa de justificación en el dominio de las lesiones corporales. Lo que significa que nuestro ordenamiento jurídico tampoco ha hecho de la prohibición civil (art. 6 CC) una infracción penal.

### **Bibliografía sucinta**

Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, Madrid 1989

Atienza, Manuel, Tras la justicia. Una introducción al Derecho y al razonamiento jurídico, Barcelona 1993.

Calsamiglia, Albert, Introducción a la ciencia jurídica, Barcelona 1986.

Fernández Sessarego, Carlos, La protección jurídica de la persona, Lima 1992.

Hart, Herbert L. A., El concepto de Derecho, Buenos Aires 1963.

Laporta, Francisco, Sobre el concepto de derechos humanos, in Doxa n. 4, 1987, p. 23 y ss.

Larenz, Karl/Canaris Klaus-Wilhelm, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3a. ed., Berlín 1995.

Nino, Carlos Santiago, Introducción al análisis del Derecho, Barcelona 1983.

Ricoeur, Paul, Le Juste, Paris 1995.

Rubio, Marcial, El ser humano como persona natural, Lima 1992.

Villanueva, Rocío, Los derechos humanos en el pensamiento angloamericano, Cuenca 1995.

Welzel, Hans, Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht, Berlín 1935.

José Hurtado Pozo

